إن الله على كل شيء قدير

قد تم طبع الكتاب الكاشف لأسرار المجلد الرابع من الهداية الذي تزين بحواشي على الأنوار السنية الرائقة
المشتملة على الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المتتبع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

التسمية

نتائج الأفكار

تكملة

فتح القدير

شرح الهداية

لجامع المنقول الإمام الهمام سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا شمس الملة والدين أحمد
المعروف بقاضي زاده رحمه الله وأسكنه جنة دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد عظيم حسين ... آبادي

في المطبع المستطاب المنسوب الى المنشي نولكشور الواقع في لكهنؤ

فهرس المجلد الرابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحه	مطلب
٢	كتاب الشفعة
١٠	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
١٣	فصل في الاختلاف
١٤	فصل فيما يؤخذ به المشفوع
١٦	فصل
١٩	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٢٢	باب ما تبطل به الشفعة
٢٦	فصل
″	مسائل متفرقة
٢٧	كتاب القسمة
٣٢	فصل فيما يقسم وما لا يقسم
٣٣	فصل في كيفية القسمة
٣٦	باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها
٣٨	فصل
٤٠	فصل في المهاياة
٤٤	كتاب المزارعة
٥٠	كتاب المساقاة
٥٣	كتاب الذبائح
٥٩	فصل فيما يحل اكله وما لا يحل
٦١	كتاب الاضحية
٧٠	كتاب الكراهية
″	فصل في الاكل والشرب
٨١	فصل في اللبس
٨٥	فصل في الوطي والنظر والمس
٩٥	فصل في الاستبراء وغيره
١٠٥	فصل في البيع
١١١	مسائل متفرقة
١١٤	كتاب احياء الموات
١١٩	فصول في مسائل الشرب
″	فصل في المياه
١٢٠	فصل في كري الانهار

صفحه	مطلب
١٢٠	فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه
١٢٢	كتاب الاشربة
١٢٥	فصل في طبخ العصير
١٣٦	كتاب الصيد
١٣٧	فصل في الجوارح
١٤٣	فصل في الرمي
١٤٦	كتاب الرهن
١٥٣	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز
١٥٥	فصل
١٥٩	باب الرهن الذي يوضع على يد العدل
١٦١	باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره
١٦٦	فصل
١٦٨	كتاب الجنايات
١٧٥	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه
١٨٥	فصل
١٨٦	باب القصاص فيما دون النفس
١٨٨	فصل
١٩٣	فصل
١٩٨	باب الشهادة في القتل
٢٠١	باب في اعتبار حالة القتل
٢٠٢	كتاب الديات
٢٠٦	فصل فيما دون النفس
٢٠٧	فصل في الشجاج
٢٠٩	فصل
٢١٤	فصل في الجنين
٢١٧	باب ما يحدثه الرجل في الطريق
٢٢٤	فصل في الحائط المائل
″	باب جناية البهيمة والجناية عليها
٢٢٩	باب جناية المملوك والجناية عليه
٢٣٤	فصل

صفحه	مطلب
٢٣٣	فصل في جناية المدبر وام الولد
٢٣٩	باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك
٢٤١	باب القسامة
٢٥١	كتاب المعاقل
٢٥٩	كتاب الوصايا
	باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه
٢٧٧	باب الوصية بثلث المال
٢٨٥	فصل في اعتبار حالة الوصية
٢٨٦	باب العتق في مرض الموت
٢٨٩	فصل
٢٩١	باب الوصية للاقارب وغيرهم
٢٩٥	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة
٢٩٧	باب وصية الذمي
٢٩٩	باب الوصي وما يملكه
٣٠٤	فصل في الشهادة
٣٠٦	كتاب الخنثى
″	فصل في بيانه
٣٠٧	فصل في احكامه
٣٠٩	مسائل شتى
٣١٢	خاتمة الطبع

تم

فهرست کتب دینیه سنت و جماعت موجوده مطبع

نحمده و نصلی برخواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جدا گانه پیوسته اشتهار می پذیرد مگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت و جماعت از فقه و اصول و تفسیر و کلام و حدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علماء و فضلاء و شائقین ماهرین این علوم که اطلاع موجود بودنش را ذریعه رفیعه باشد نقل نموده می شود و آن اینست

کتب فقه عربی و اصول فقه

- فتاوای عالمگیری تمام و کمال
- شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
- هدایه شریف کامل مع ترجمه فارسی
- هدیة المختار شرح رساله عضدیه
- احیاء العلوم عربی هر چهار جلد
- مختصر الوقایه
- جامع الرموز
- شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
- شرح وقایه مع چلپی
- فتاوای کنز الدقائق عربی
- فرائض شریف شرح سراجیه
- نور الانوار مع قمر الاقمار
- مجموعه تنقیح و توضیح
- تلویح و چلپی
- شیخ الاسلام حاشیه تلویح
- ملا خسرو حاشیه تلویح
- کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
- عینی شرح هدایه تمام و کامل

کتب فقه فارسی و اردو

- ترجمه اردو در مختار هر چهار جلد
- حقیقة الصلوة
- سبیل الجنان
- فتاوای برهنه تمام و کامل
- مالا بد منه فارسی
- کشف الحاجات یعنی مالا بد اردو
- مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
- شرح وقایه فارسی
- نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
- ترجمه اردو و کنز الدقائق
- حجج الحج مسمی بغایة الشعور
- فتاوای المیراث
- رساله فرائض
- مسلک المتقین
- عمدة البضاعت فی مسائل الرضاعت
- تذکرة الحجمه
- احکام العیدین
- موضح الحق
- هزار مسئله
- شرع محمدی
- رساله کلید باب الحج
- سراج السالکین
- فضائل الشهور والایام
- حیرت الفقه
- ضمان الفردوس

کتب تفسیر و مثل آن

- تفسیر کشاف
- خلاصة الکشاف
- بیضاوی شریف
- تفسیر اتقان
- تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
- کمالین حاشیه جلالین
- جواهر القرآن مترجم
- مجموعه زینت القاری
- تفسیر سوره یوسف منظوم
- تفسیر زاد الآخرت
- تفسیر حسینی تمام و کامل
- تفسیر سوره فاتحه
- رموز القرآن
- فضائل القرآن
- تفسیر القلندری فی تحریر الانور
- میزان الفرقان

کتب احادیث و اوراد

- قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
- صحیح مسلم مع نووی شریف
- شرح حصن حصین
- مجربات دیربی
- شرح سفر السعادت
- تعبیر الرؤیا
- تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
- سنن ابی داؤد
- اوراد نقشبندی
- سعید الاوراد
- ترجمه مجربات دیربی
- ترجمه تعبیر الرؤیا مسمی بتاویل المنام
- مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
- کیمیای سعادت
- اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
- شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
- بحر العلوم
- انوار محمدی
- تحقیق الانساب

تمت

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف لاسرار المجلد الرابع من الهداية المسمى بنتائج الافكار المشتمل على الانوار الربعية الكاشفة لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

تكملة فتح القدير
نتائج الافكار

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا شمس الملة والدين احمد الافندي المعروف بقاضي زاده سكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد عظيم حسين الخيرآبادي ...

في المطبع البديع الذي امتاز بين المطابع المعزي الى المنشي نولكشور الواقع في لكهنؤ

محمد شمس

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع **قال** الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

كتاب الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليها لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه كذا فى العناية وكثير من الشروح اقول لا يذهب عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد سافت ذكر كتاب الشفعة الى ههنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ بل لا وجه لقوله والحق تقديمها عليه عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد ان تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن ان يقال فى وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله بل الغصب عندهما انما يتصور فى المنقول دون العقار كما مر فى اوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا فانما تتاتى عموم الغصب العقار والمنقول على اصل محمد والشافعى كما مر ايضا ثمه ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثانى اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة فى السفن ايضا عنده على ما صرح به وسيأتى فى الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام ولا شك لاحد فى حسن دفع ضرر التاذى بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء فى تفسير قوله تعالى لاعذبنه عذابا شديدا اى لالزمنه صحبة الاضداد كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة فى اللغة ماخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفى الشريعة هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه كذا فى عامة الشروح والمتون الا انه وقع فى بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح فى بعض الشروح بزيادة قيد فى آخر التعريف وهو قوله بشركة او جوار وترك ذكره فى الاكثر بناء على ظهوره اقول فى الكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة

اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم

هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم ان لا يصح ما تقرر عندهم ويجيء في الكتاب من ان الشفعة تجب ان يثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتملك بالاخذ اذا اسلمها المشتري او حكم بها حاكم لان ذلك صريح في ان تحقق التملك في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي او قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقيق وحين عقد البيع والاشهاد ولم يوجد الاخذ بالتراضي والقضاء القاضي لا محالة فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان يكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وايضا قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء او الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لان يكون حكما للشفعة اما الاول فلانه لا شك ان المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى محال حتى تطلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء او يعقبه ولا يتقدم عليه فلم لا يصح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان تكون الشفعة نفس التملك واما الثاني فلان ثبوت الملك هو نوع التملك في المعنى وحكم الشيء ما يغائره ويترتب عليه فلم لا يصلح ثبوت الملك ايضا بان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكرناه بحذافيره ولعل مراد عامة العلماء ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشائخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان يقال بان الشراء شرط والشركة علته وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء او الرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها اقول يجوز ان يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم يتاكد وجوبها ويستقر بالطلب فيئول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء اكثر من ان تحصى والعجب ان عامة ثقات المشائخ حملوا كلام ذلك العالم الذي له يد طولى في الفقه الذي هو بين البطلان ولم يحملوه على المعنى الصحيح مع كونه على طرف التمام قوله اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم اقول لقائل ان يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا انه ينفي بعضه الاخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب

ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق

بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة

بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة

ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه

مثل نحو قوله عليه السلام الائمة من قريش وسيما وقد ادخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى وكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فاقتضى انتفاء حق الشفعة من غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتامل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المذكور اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق الشريك الآخر لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة انتهى اعترض بعض الفضلاء على قوله اما اذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا ان يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية انتهى اقول كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط اما الاول فلان قول صاحب العناية واما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المذكور حتى يتجه عليه ان يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام مستقل قصد ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع واما الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم ان يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق ايضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا لا لنا قوله ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا اي جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض قوله ينتظر له وان كان غائبا اي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه انتهى وقال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه للبيع الا يرى انه فسر بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق بالاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شملته كلمة احق ولان ما روي عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار احق بشفعته فبهذا يبطل ذلك التاويل انتهى وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تامله انتهى اقول المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل ايضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان يكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى هذه النسخ لا يتوهم ان يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى واما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها ايضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا انه يكون على شفعته وان غاب ولا شك انه كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال حضوره اولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مسئلة وكان المعنى ينتظر له الا ان يجيء فيفرغ من شفعته تحققت الاولوية ايضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى ان يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلان يجب الانتظار الى فراغه من شفعته عند حضوره اولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تامل تفهم قوله وقال الشافعي لا شفعة للجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى ههنا كلامه اقول في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض اوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى

فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك انتهى اقول فحينئذ يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود صرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا اي من جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام ان يقال وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطريق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يرتفع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر انتهى ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر علم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر **قوله** وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزم في الاصل دون الفرع فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد ان قال اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر عامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار ايضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم اقول الحق الواضح عندي ان المراد بهذا والفرع كلاهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل احد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا اشتباه به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب العناية فقد اصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار الا انه لما ذاق شناعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام ايضا اذ لم يقل احد ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف آخر في قوله معناه ايضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعة اي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى انه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة داعية الى شيء منهما فالحق ما قلناه **قوله** ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار قال تاج الشريعة ذكر التأبيد احترازا عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازا عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد واقتفى اثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه انتهى اقول ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا الدار المسكونة بالعارية ايضا فجعل قوله اتصال تأبيد الاحتراز عن مثل ذلك **قوله** فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة مهرا هنا وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا هنا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستاجر وان كان له ملك في الدار المستاجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فيتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما عرفته آنفا الا ان كل منهما قد خرج بالتأبيد

لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

اتصال تابيد فيما قيل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة اخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملك له في الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التابيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا اصلا والحق ان هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان في كل منها يتحقق الملك والتابيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها قوله لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم ان يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشرى او الهبة انتهى اقول المعنى المقصود من هذا الدليل ان الضرر في حقه بازعاجه من خطته الاصلية المتقررة اقوى فيعم ما كان ملكا له بالشرى او الهبة الا انه عبر عن اصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة في بيان اصالتها وتقررها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فاخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع يعني ان التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض انتهى اقول هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في احد الجانبين ولم يتيسر الخاص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم اصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم ان لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه او ببيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا ان يقال يكفينا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه او بان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة انتهى اقول في كل من هذين الجوابين نظر اما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله على ان اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي حصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه السلام الائمة من قريش وقد صرح به في اثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب ان ارادة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو ان الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان ان كان فيه علماء اذا كان كذلك يكون المراد بها في ذلك الحديث اقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم اقوى ولهذا قدمناه على غيره انتهى واما في الثاني فلان حصول الالزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور في الجواب المذبور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة الا ان له شرائط عنده منها ان لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرف في الاصول فله ان يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة لكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على انه اذا كان الطريق واحدا يجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي ان يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا ايضا ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما قال

واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لاشفعة لغيره سلموا او استوفى لانهم محجوبون به وجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

لنا في كون الشافعي ايضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعن هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من انه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة في الجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه اي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه او معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم فانما لاثبات المذكور ونفي ما عداه واجيب عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية انما قد يقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية وكلمة انما قد يجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العلم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره وكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره انتهى وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا يقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا امثاله انتهى اقول فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب انه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم مدلول انا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك ان المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى قوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا امثالهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير البشرية لا غيره عليه السلام والحاصل ان كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة فقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا امثالهم يبتني على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا قوله واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اقتفى اثره الشارح العيني اقول ان كان مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المذبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشي احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما على نوع مما اطلق عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مرتبة الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واعلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مرتبة الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واعلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة اقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد بعد ان قال قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء افاد ترتيب ايضا كما صرح به

والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلهما الشفعة وان بيعت في العليا فلاهل العليا خاصة دون اهل السفلى والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عدد رؤسهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عدد رؤسهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه

صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة ذلك وليس للمتاخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب اقول التعليل بهذه المسئلة لما تبين من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي ان لا يستحق المتاخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز ان يكون المتاخر محجوبا بالمتقدم كما في السلب على ما قال به ابو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتاخر شيئا عند وجود المتقدم سلم او استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة بكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق او الشرب فان لم يوجد هذا ايضا اخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب ان يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما سياتي من قوله ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الى آخره

قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار قال في العناية آخذا من النهاية مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار انتهى اقول في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت واقله بيتان او ثلثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه قوله والبقعة واحدة يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع احق ببعضها كمنزل معين منها او جدار معين منها صار احق بجميعها قال صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انتهى اقول فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هذه منزل معين من الدار او جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المذبور وايضا قوله فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انما يلائم وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وكان بين اول كلامه وآخره تنافر لا يخفى قوله قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده اقول كون معناه بعده محل كلام من حيث اللغة فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر ان يكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتامل فلا يقتضي المعدول عنه قوله لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح او في قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قالوا يثبت بها للشريك في حقوق المبيع والجار ليتحقق ذلك انتهى اقول في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم ان يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم ان يجب الشفعة قبله ايضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان ارادوا به ان الضرر انما يتحقق بمدخلية اتصال البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع ايضا فلا يلزم ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتامل ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك لشرط الوجوب

والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد

والكلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواز او الوجوب مجازا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم ان يكون عدم تحقق شرط الوجوب ايضا مانعا عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متاديا باداء الزكوة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة يتحقق بملك النصاب النامي وحولان الحول انما هو شرط وجوب ادائها كما صرحوا به في كتاب الزكوة وكذا حلول الاجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب ادائها لا شرط نفس وجوبها فاللازم ان لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متاديا باداء الزكوة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو تادي الواجب بنفس الوجوب لا غير **قوله** والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها اي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التاويل حيث قال والوجه فيه اي في هذا التاويل وتبعه العيني اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لا دخل للتاويل الذي ذكره المصنف لقوله معناه بعده لانه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير ان يكون معنى كلام القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التاويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تاويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الى آخره متصل باول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف انه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا ايضا فعل كذلك **قوله** ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه اقول فيه تامل اذ قد تقرر فيما مر ان علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيب المشتري لان البائع اصيل كالشفيع فمن اين تحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب للمكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى اقول في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مداره على مجرد كون غرض الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فان كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته عن ملكه الا يرى ان غرض البائع ايضا المكافاة بالثمن مع انه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يندفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير شرط في العقد او غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع انه لا شفعة فيها فبقي النقض بها **قوله** ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه واما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا يبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع ان الظاهر من كلماتهم

قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشائخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض

يبطلها بترك ذلك مطلقا فان قات وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره امر غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مصير الى التعليل الاول والكلام فيه وانما الكلام في ان التعليل الثاني هل يصلح ان يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولا يحتاج اليه الخ قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم ان يكون معتبرا في حكم الحاكم ايضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب ان المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل امر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع ان الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي اي تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملكه بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك وهو اي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي ايضا وثانيهما ان تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري وحده فان المصنف صرح فيما مر آنفا بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام ان يقال اذا اسلمها الخصم بدل قوله اذا اسلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم تبصر

باب طلب الشفعة والخصومة فيها لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح اقول هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض احد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منها وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه انه لما كان للخصومة في الشفعة شان مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها ايضا اصالة قوله اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبيل لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه اقول فلقائل ان يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل ايضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسياتي التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والجواب ان المراد بالاشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب يدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سياتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف قوله ولقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها اقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على ان لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها يدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لام الجنس

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عند الاول لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي

والاختصاص ودالا على اختصاص الحيوة تعالى فيه وعلمنا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب ويمكن ان يدل ذلك ايضا على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع ان الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق فتأمل **قوله** والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرع هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية وعمد تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرع ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد تحقيق ذلك ليس بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي ذكره صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتي ذكره مرة اخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذاك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على ان في ذلك الوجه ايضا كلاما لانه ان اريد انه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي وان اقر به الخصم فهو ممنوع وان اريد انه يحتاج الى اثباته وعند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير ايضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لان الشهادة شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم انتهى فانه يدل على ان الشهادة في طلب التقرير ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى **قوله** وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا اقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر بعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره ابو حنيفة رحمه الله فاذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا عندهما فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى خبر الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم يتعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فليتفكر ثم اعلم انه مما يجب التنبيه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه ان يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا الاينافي قوله يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب الشفعة انتهى وسيأتي نظير هذا في الكتاب في اول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت

[illegible] ... عند القاضي

تشتمل عامة الشروح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لما يخالف ما ذكره المصنف من قبيل وذكر في الذخيرة وغيرها ايضا من ان الاشهاد شرط

للطلب وانه ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد **قوله** وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا

على ذلك اقول في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الاشارة تغني الاشهاد على البائع او على المشتري وعند العقار اللهم الا

ان يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لايدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب ان

يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها بالجوار للدار حدودها كذا وقد كنت طلبنا الشفعة وانا اطلبها الآن ايضا فاشهدوا وان كان

يحضر المشتري ويقول هذا ابتاع من فلان دارا التي حدودها كذا وانا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا او يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا

انتهى **قوله** واذا تقدم اليه يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي بلاصقها تم دعواه وقال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لابد

ان يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع او لا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشرى

ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم

المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الانتهاء فاذا قال طلبت حين

علمت او اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره

فان قال نعم فقد صح دعواه انتهى اقول القائل صاحب النهاية اخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم

في النقل وافسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او قال حين اخبرت من غير لبث سأله عن طلب

الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عباراتهم

وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم

بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك ان اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما ححت

به خبرا في اقسام الطلب وايضا قد قيل فيما قبل سأله متى اخبرت بالشرى وكيف صنعت حين اخبرت بالشرى وقد نقله صاحب العناية فيما ايضا قبل فعلى

تقدير ان يقال ههنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة بتغيير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة

لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين اخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال من طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله

عن طلب المواثبة سأله عن طلب الاشهاد كما وقع في عباراتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين اما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح

الفقهاء فظاهر واما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك طلق في صورة الشرعية فمقدمها وهو قولهم اذا سأله عن طلب المواثبة

اشارة الى ما ذكر فيما قبل من السؤال فكيف صنعت حين اخبرت وليس فيه بحكم جديد حتى يلزم التكرار تامل تفهم **قوله** ومن اشترى دارا لغيره

فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه اقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الى الموكل مع انه ليس

بخصم هناك فكان ينبغي ان يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بان يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكان المصنف

قال وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ وقد طال فيه كلام المشايخ وفيما ذكرنا كفاية للمنتهي بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه **قال** إلا أن يسلمها إلى الموكل لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** وإذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وإن وجد بها عيبا فله أن يردها وإن كان المشتري شرط البراءة منه لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه

فصل في الاختلاف **قال** وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان **قال** ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما أنه لا تنافي بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع

إنما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

فصل في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الأولى لأن الأصل هو الاتفاق **قوله** ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجب الإنكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف ههنا انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فإنه بعد ما بين عدم وجوب التحالف ههنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف انتهى أقول ليس هذا الشرح بصحيح لأن وجود معنى الإنكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين إنما هو فيما إذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما إذا وقع بعد القبض فمعنى الإنكار هناك أيضا إنما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف في كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الإنكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض فالصواب أن وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد النص فيه بالتحالف من كل وجه لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به انتهى قال الزيلعي في شرح هذه المسألة من الكنز ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس انتهى أقول الخلل في كلامه أشد وأظهر فإنه قال أولا لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضا فيما لا إنكار ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرح به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخرا فامتنع القياس ولا يخفى أن امتناع القياس لا يقتضي امتناع الإلحاق بدلالة النص فإن كثيرا من الأمور لا يجري فيه القياس ويصح إثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به بطريق القياس والدلالة **قوله** وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتا أقول لقائل أن يقول البينة إنما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فيلزم أن لا يصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وإن كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة إلا أنه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته إذا أقامها كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فإنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه فإنما يجب الحلف على المودع

[illegible] بينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري [illegible] المشتري من [illegible] البينة بينة المالك القديم تثبت [illegible]
[illegible] ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع
اقل منه ولم يكن قبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري [illegible] ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان
[illegible] قال ولو ادعى البائع الاكثر [illegible]
[illegible] يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال
[illegible] قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد
[illegible] فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن
[illegible] الشفيع [illegible] ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن
فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد
[illegible] الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال
[illegible] في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع لان في اعتبار الزيادة اضرارا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له
[illegible] قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته
[illegible] وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه [illegible]
[illegible] الشفيع [illegible] قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها
في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كون الثمن مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت
بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة [illegible]

لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعي عليه برد الوديعة عليه مكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء على كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهتا ما ذكرنا سوى آ ما ذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن ابي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا او انما حكي عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما انه لا تنافي الى آخره وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الى آخره حكى اوليهما محمد واخذ بها وحكى ثانيهما ابو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكروا في الشروح **قوله** وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع **قوله** وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه اقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا ايضا الا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين لا بفسخ الاول يدل على لزوم الفسخ هنا ايضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والفسخ هنا الا الفسخ في حق المتعاقدين الذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما هنا فبخلافه اي لا يظهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول واما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بالاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وقد حل المقام بهذا الوجه بحمد الله وقد اهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع والله اعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يأخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح **قوله** وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي تملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بالعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله اهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي والفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاء بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل ان يقول لما كان الرضا شرطا وجب ان لا تثبت حق الشفعة

بهذا الذكر كذا ههنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذ بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراه بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاع اوان الرطب ياخذ بقيمة الرطب كذا هذا

لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج اصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات يجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للمنقول بانه لا يد في الشفعة من الرضى عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك **قوله** ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان قال صاحب العناية قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى آخره يوهم ان الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه انتهى واقتفى الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة ام بعقد جديد انما هو فيما اذا اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري واما فيما اذا اخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل احد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له اصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى لبيه المصنف في اواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ انتهى والصواب ان قول المصنف ههنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار وان قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة اخذها من يد المشتري بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى ان تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض انتهى فكان كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما اصلا **قوله** وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان المص لم يتعرض فيما قبل لدليل ابي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه داب المصنف في نظائره واما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في اول التقرير مما لا يفهم

فصل قال واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته

من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه واما ثانيا فلان قوله ولئن كان فلا نسلم انه ليس يتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا اما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل ابي يوسف الاخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شروح هذا الكتاب حتى العناية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل او الاخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا للاعراض عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان منع تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان يؤدي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان اداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف ابي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يختر الشفيع اخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق ان يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الى اخره على تتميم دليل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح اخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف الاخر ووجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل لشفعته انتهى تبصر

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة او بالنقصان بنفسه او بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بان تختم في فصل على حدة **قوله** وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا اي وهذا المدعى الذي قلنا وهو ان لا تكلف المشتري بقلع البناء انتهى وذلك المعنى فسره سائر الشراح ايضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية اي ما قلنا انه لا تكلف وقال صاحب الكفاية اي قول ابي يوسف ان لا تكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس اقول لقائل ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره اصل مدعى ابي يوسف فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره دليلا على ما كان قوله ولابي يوسف انه محق في البناء الى اخره دليلا عليه فينبغي ان يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره على ما هو الطريق المعهودة عند تعدد الادلة والجواب ان من عادة المصنف في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمية المسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك ايماء الى ان مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان اصل المدعى واحدا وكانهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك في موارد يا وقد كنت نبهت عليه من قبل ايضا فلا تغفل **قوله** وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه اقول ههنا كلام وهو ان المصنف قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال ههنا تدافع فان المتفهم مما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره ههنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكره ههنا تقديم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في التملك والتملك متاخر للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان للشفعة حق الاثبات الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت

بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق وفي الزرع يقلع قياسا وفي الاستحسان لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري

باتصال التملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة قال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيهما تسليطا من جهته اقول فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها اخر معطوفا على الاول وان لم يكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الى آخره متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى ان مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد البائع في الشرى الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى اقول لقائل ان يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشرى الفاسد اينما فكيف يتم قياس ابي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشرى الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه في الشرى الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المذكور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح ان يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة من مذهبه في الشرى الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله المشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة فقط ثم اقول الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشرى الفاسد قولين احدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله اخر مع ابي حنيفة انتهى وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان احدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع الى اخره وهذا ما رواه عنه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله ابو حنيفة ومحمد وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك صرح بذلك كله ابو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز ان يكون قياس ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الاخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشرى الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي حنيفة فيهما ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشرى الفاسد بقوله عند ابي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن احد قولي ابي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان انما يصلح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد

والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة **قال** فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب وان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بيناه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول ابي حنيفة فليس له ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المذبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر خلافهما انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا اول فكيف يبنى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه تبصر تفهم **قوله** والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اقول فكان الاولى ان يقال ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا من البائع ولا من المشتري ليعم ما اخذه من البائع وما اخذه من المشتري وليطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع انتهى ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته اقول ليس ذاك بشيء لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه ايضا اخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك بقعة عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى ليعم صورة الاخذ بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لا انه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى ان توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت لدفع مؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق **قال** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار **قال** والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر **قال** ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع

في الاول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف. بقي شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببهما غير ذلك فهو واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضى خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح **قوله** الشفعة واجبة في العقار قال جمهور الشراح العقار كل ما له اصل من دار او ضيعة اقول تفسير العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا ان يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم نسمع قط ثم اقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من دار وضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور ورد على اول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق التفسير الثاني منهما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام لان الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضيعة والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع انتهى اقول في كلامه اختلال لانه فسر العقار اولا بما يشمل الاقسام الثلثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى

قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلوة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن وعليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من اين يفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئا مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكره المصنف فتأمل

قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما يجب في العقار ومن شرطها ان تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة

وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً وقوله
يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً أو ما يضاهيه لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا
الدم والعتق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهراً لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبضع
بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية
في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع ولأن الشفعة شرعت في المبادلات المالية
المقصودة حتى أن المضارب إذا باع داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعاً فيه قال ويصالح عليها بإنكار فإن صالح عليها
بإقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل
عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي وإنما استفاده
بالصلح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة
في هبة لما ذكرنا إلا أن يكون بعوض مشروط لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً
في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة لأنه زال
المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى
عليه على ما مر وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ
بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث
لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في
الأولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ

وهي إنما تمكن إذا كان العوض مالاً فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بالتملك بسبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لأنه لو أخذه أخذ
بعوض فكان سبباً غير السبب الذي تملك به المتملك انتهى أقول لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به المتملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال لا تتصور
الهبة بدون رضى الواهب بالتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لأنا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى المتملك وعن هذا قالوا إن حق
الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضى المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم
ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لأنها
ثبتت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها قال في العناية وهي مهر المثل
وأجر المثل في التزويج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق انتهى أقول في قوله وقيمة الدار نظر إذ الكلام في قيمة الأعواض التي جعلت بدلاً للدار في الصور
المذكورة لا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضاً من الدار صارت قيمته
قيمة الدار لأنا نقول لو اقتضى هذا القدر أن يصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الأعواض المذكورة في الصور المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منها عوضاً من الدار و
لم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضاً ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لإجمال ما قلنا قال كان الكلام في قيمة الأعواض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل
انتهى أقول لم يصب في زيادة العبد وإلحاقه بالدار في المؤاخذة فإن العبد مأخوذ في جانب الأعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام في قيمة الأعواض
لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الإعتاق نعم العوض إعتاق العبد لا نفس العبد لكن متى يجعل الإعتاق متقوماً لا بد له من مصير إلى قيمة العبد في تقويمه الكلام هنا على أصله
وأما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم قال في العناية إنما أفردهما لأن تقومهما بالعقد لأنهما ليسا بمالين فنفى الأعم التقوم انتهى أقول فيه بحث لأن كلامه ينبئ
على كون سائر الأعواض المذكورة أموالاً وإن لم تكن متقومة وليس الأمر كذلك فإنها أيضاً ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الأعواض ليست بأموال
وقوله في باب المهر من كتاب النكاح إن المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندي في تعليل أن تقومهما بالعقد لأنهما ليسا بمتقومين أصلاً أي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري
بخلاف ما سواهما من الأعواض المذكورة فإنها متقومة بالتقوم الضروري كما مر آنفاً قوله وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده قال في النهاية هذه الحوالة في حق الإشكال
غير رائجة بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها إلى آخره وقيل إذا كانت الحوالة في حق
جواب الإشكال رائجة كانت في حق الإشكال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لم ينقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في
كفاية المنتهى كذا في العناية أخذاً من معراج الدراية أقول لا يذهب عليك أن قوله ولا نعيده يأبى عن أن يكون مراده بقوله أوضحناه في البيوع
إيضاحه في بيوع كفاية المنتهى لأن ذكر شيء في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا يعد إعادة وإلا لزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل
جميعها من قبيل الإعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى قوله ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها قال صاحب العناية وفي قوله من

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار احق به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه **قال** فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا **قال** واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث

ابتاع دارا شراء فاسدا التلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله انتهى قال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث اتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد لما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد يوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية اظهر واجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن في ابتداء العقد واما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء فيتحقق فيهما استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا اقل من ان لا يكون ملوحا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذي هو اصل العقد فعلم به ان المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا ما لا سترة به **قوله** وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان يثبت في حق المشتري لما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشترى بشرط الخيار في حق الشفيع فيتحقق بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه لبقي البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن انفكاكه عن مفسد فلا يثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يكون موجودا بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح واورد بعض الفضلاء على قولهم فلو اسقطنا العوض لفساد فيه لبقي البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر انتهى اقول ليس الشيء لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور اما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه واما امكان عدم اسقاط ما يصلح ان يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق اخذ المشفوع بالثمن الذي اخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى لا يراد المذكور اصلا واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال صاحب العناية ولانها لو وجبت للمقاسم لكونه جار البعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان كون القاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي هو يزيل ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الاخر واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الاخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان لانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار فلا يجوز ان يقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور

ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وتوفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم

لو ثبتت لذلك الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبتت لذلك الشريك حق الشفعة واذا لم يثبت له حقها لمانع كما فيما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك الا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها اخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه ان يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامل انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة لكلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء او بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هناك قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية فان ما ذكره ذلك البعض ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض نحيا بعد بيان قول القدوري وان رده بالعيب بغير قضاء الى اخره بل كان ينبغي ان يذكره قبله اما بيان قوله ثم رده المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة باساليب كلام الثقات سيما المصنف واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض افراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فردا اخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا لعمومه ذكر الفرد الاخر هناك كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا غاية الامر ان تاثير القضاء في ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تامل

باب ما يبطل به الشفعة لما كان ابطال الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل ان يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان بطلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكر من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا طلب الشفيع الاشهاد اي طلب المواثبة واستغنيا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية ايضا بما فسراه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس

قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه اقول فيه خلل لانه جعل قول المصنف ههنا لاعراضه عن الطلب ضدا اي معنيا لكون المراد بالاشهاد والمذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري ليقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون ان يقول لاعراضه عن الطلب وهو الذي اشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا انتهى واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا ايضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتصور ان يكون احدهما ضد اللآخر **قوله** وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الى اخره الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض بطريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متامل في كلام المصنف بادنى تامل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع اعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني فتبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط فلا ينزل التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت تخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى برىء من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمه يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المراة والقاتل ولم يجب شيء كذا ههنا واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة

[illegible]

والحوالة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان الابراء يحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن لمن سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة انتهى ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني اقول لا يذهب عليك انه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ ابي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ ابي المعين متعلق باصل المسألة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله والتعليق باسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما بمعزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب العناية والكافي كلام الشيخ ابي المعين تمامه نقلا عنه حيث قال واورد الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا يجب شفعته ايضا الى آخر كلامه ثم اورد نظره المذكور في حاشية اخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على ان اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة ولم تبطل الشفعة لفقد الاعراض انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض اصلا اذ ليس الصلح شيئا منها الا ان يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسألة بطلت الشفعة ورد العوض يعم ايضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة ايضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما يعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية واما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما ايضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه بجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول ان يقال لكون الحصة معلومة تدبر قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا اشارة به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وانت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة اخرى انتهى اقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك بما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن ايضا شيئا من المعاوضات اصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها انتهى قوله واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها

قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا لان اطلاق ماذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو اخبر ان الثمن عبد او ثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون اقل من قيمة الذي اشتراها به او اكثر وكذا تعليله دال عليه وكذلك ماذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه ولهذا ايضا استدل في الذخيرة بماذكره في المبسوط وقال لو اخبر ان الثمن شئ هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو ان الثمن الف درهم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل اولى انتهى اقول ماذكره صاحب العناية لا يدفع ماقاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسألة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها الفا او اكثر او اقل كان التقييد بكونها الفا او اكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادي الرای تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية امرا مهما في هذا المقام كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد القيدين قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضى بجوار هذا لا يكون رضى بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ماقاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية خلاصة النظر الذي اورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ماذكر ههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع او اراد اشتري به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض او لا قدرة له على اخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلاميهما لا يساعد ذلك اصلا اما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم يوجد تلك في الفاسد واما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما

فصل قال وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا **قال** وإذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهما مثلا والباقي بالباقي وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا بقدر قيمته إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير **قال** ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكوة

مسائل متفرقة قال وإذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه حتى ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لأن العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

الشرط الذي لا يدل على الإعراض فإن كونه إسقاطا يقتضي الإعراض دون عدم الإعراض تأمل تقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاسقا يتأذى به فاحتيج إلى بيانه كذا في العناية وغيرها وأورد على ظاهر هذا التوجيه أن البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج إلى استعمال الإسقاط شفعة تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قيد قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك إذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر انتهى أقول الأظهر عندي أن يقال المقصود من إسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك أن هذه الفائدة مما يتحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر **قوله** والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة بأنه إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو أراد الشفيع أن يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فتبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هنا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيخان إلا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف هنا حيث قال وقوله والأوجه إلى آخره تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم إلى آخر ما ذكر في النهاية معزيا إلى فتاوى قاضيخان أقول لا يذهب على ذي فطنة أن معنى كلام المصنف هنا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيخان وفي الشرحين المزبورين فإن معنى كلامه أن يباع بكل الدراهم التي من الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها أن يقبض بعض منها ويباع بالباقي دنانير وعن هذا قال المص فيما إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا ثمة لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه نعم كلا المعنيين مشتركان في أن يعما الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيهما لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار أو شيء منها فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى **قوله** ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله قال في العناية أخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للدفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم فسقطت به الشفعة وهو مكروه بالإجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا لقائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وإنما الخلاف في فصل الزكوة انتهى أقول في هذا التقرير شيء وهو أنه إما أن يراد بالإجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالإجماع والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم

قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نقض البيع والهبة وغيرهما على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو مروي عن ابي يوسف رحمه الله لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه يتصرف للغرماء اذا كان عليه دين فاما اذا لم يكن عليه دين فلا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف والله اعلم

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن

في نفس المسئلة ايراد ذلك الاجماع المشائخ واختلافهم في الرواية اياما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب اما على الاول فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشائخ من الرواة واما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكوة كما ذكره واما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشائخ غير مكروه الى آخره فلان القطع بكون الاول مكروها لا يتم حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به فانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكوة انتهى قال الامام قاضيخان في فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول ابي يوسف لا يكره وعلى قول محمد يكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكوة ومنع الاستبراء وعلى قول ابي يوسف لا يكره وقال بعض مشائخنا يكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقيل الوجوب لا كان الجار فاسقا يتاذى به فلا باس وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا باس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال اما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكوة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال ايضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما ان اقوى اسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك ولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى اقول فيه بحث لان كون القسمة منافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على اصل الشافعي فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور واما على اصل ائمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار ايضا واستدلوا عليه باحاديث اخرى واجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع ان يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلوة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في اوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك نعم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرر في المعقولات من ان السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يفترقان ابدا مع تقدم المثبت مع المنفي ممنوع الا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحيوة

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

ونحو ذلك كيف يقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل انتهى اقول فيه نظر وهو انه كما ان في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك احد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان اصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما اشبه ذلك **قوله** ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما كذا في العناية اقول ههنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكرنا في الكتاب والشروح ان القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما ياخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر ان البعض الذي ياخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن اخذ ذلك بمنزلة اخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه ان لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك ان اخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما ياخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما ياخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن اين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان اخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة واخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة اخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين واخذ المثل يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيهما معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر ايضا فكان هو الظاهر فيهما والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر جليا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال اشكل ذلك كما ترى ثم ذكر صاحب النهاية وجهان البسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما ياخذ كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما وكان افرازا الا ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم

قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر

ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المبادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بحقيقة الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما ياخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما ياخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا الافراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه واخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة المتعلقة بجميع اجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك ان اخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان اخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه اخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان اخذ ذلك المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا وراجحا لتحققه في جميع اجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما حققته قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما اجبر الآبي على القسمة في ذوات الامثال كذا في عامة الشروح اقول ههنا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذ احد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على اخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه وبناء على ما قالوا وان اريد بذلك ان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه وياخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذاك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذه احد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر ايضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فاني يتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتامل ثم اقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لاسلوب مقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سياتي تبصر تقف قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدي المديون بدلا عما في ذمته اقول لقائل ان يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما اخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان اخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين وعن هذا جعلوا اخذ المثل في القرض كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما ياخذه احد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص انتهى اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام في نفسه لانه ان اراد ان القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة و[illegible]

معناه باجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء
ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا
جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر قال وأجرة القسمة
على عدد الرءوس عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فتتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأجر مقابل بالتمييز
وإنه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف وإن كان لا
للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث
قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا بينة
إلا على المنكر فلا تفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضى
ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كان قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه
يقبل البينة عليه مع إقراره بخلاف المنقول لأن في القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم تقسم فلم تكن القسمة قضاء على

هو الظاهر في غيرها وإن أراد أن المبادلة في قسمة مختلفات الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الأمر كذلك في قسمة غير مختلفات الجنس من غير ذوات الأمثال مع أن التراضي ليس بشرط فيها على أن كون التراضي شرطا في التجارة بالنص يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس أيضا لأن قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه إذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الإفراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق إحداهما بالأخرى والحق عندي أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الأجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد وإذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب، انظر إلى هذا المعنى أكثر الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح **قوله** معناه باجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص أقول لأن النفع لهم على الخصوص بناء في بحسب الظاهر قوله فيما مر آنفا ولأن منفعة نصيب القاسم تعم العامة فيكون كفايته في مالهم غرما بالغنم فتأمل في التوفيق **قوله** ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة قال تاج الشريعة ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى وتبعه أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته فإن صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما بها كما وقع في الهداية لأن الأمانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها لظهور الأمانة لا يقتضي استدراك ذكر الأمانة إلا بها ظهورها فإن قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الأمانة حتى يستغني بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية قلت إرادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما إرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الأمانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الأمانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي محال إفادة المعنى المقصود ههنا بعبارة أخرى أخصر مما وقع في الكتاب **قوله** وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره قال بعض الفضلاء وأنت خبير بأن لا دلوية لأحد الورثة بأن يكون مدعيا وللآخر بكونه مدعى عليه وكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فإن القاضي إذا قال أقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة تم يجعلون أحدهم مدعيا لتحصيل مقصودهم إلى هنا كلامه أقول لا استشكاله شيء ولا جوابه أما أولا فلأن للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيلا للمقصود وهم تحصيل الجهالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسألة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين يصلح أن يكون مدعيا في حق دعوى نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا يتوهم الجهالة حينئذ أصلا وأما الثاني فلأن مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم بعينه على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شيء من الكتب فإنهم إن لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسألة من انتصاب الورثة خصما عن الميت يقسم القاضي الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه بأسرها **قوله** وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما قال في العناية أعاد

قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ونصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث او باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه تدرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب هو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر

لفظ الجامع الصغير لانه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون مشتريا فيكون لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها غير مفيد ههنا بل مخل بالمقام لان قوله لان الاصل يعني كون الاملاك في يد ملاكها يرجح كون ما في ايديهما ملكا فينبغي ان يقسم بدون اقامة البينة مع ان جواب مسألة الجامع الصغير ان لا يقسم بدونها كما ترى والعجب ان يترك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل ههنا ان لا يكون لهما ملكا لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى اقول يمكن دفع ذلك بانه ان اراد ان المحتمل ههنا ان لا يكون ملكا لهما اصلا لا غير فهو ممنوع قوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض للشيء لا ينافي تحققه في الواقع وانما ينافي القرينة وتعيينه كيف ولو لم يكن الملك لهما احتمال اصلا لما جاز سماع البينة له وان اراد ان ذلك ايضا محتمل ههنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك لصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال ان يكون ميراثا وان يكون مشتريا في ان لا يقسم بدون البينة احتياط ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل ان يكون الاملاك في يد مالكها لاخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفا واما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال ان لا يكون ملكا لهما اصلا لدلالة ثبوت ايديهما على ان ما فيها ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر

قوله وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز يعني ان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان هذا التقرير يقتضي ان لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء ايضا في العقار مع انه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضي ايضا ان لا تجوز القسمة بدون البينة عند ابي يوسف ومحمد ايضا فيما ادعوا الارث في العقار مع انه قد سبق ايضا انهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم اقول يجوز ان لا يكون مراد المصنف بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث ايضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل ان يكون مراده بذلك انه لا ملك له في دعواهما اي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له اصلا في رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انها في ايديهما واقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقتا فحينئذ يندفع الانتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث او الشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع جامع الصغير فيما ادعيا اليد ابتداء بيانه انهما ادعى الملك ابتداء واليد ثابت لمن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل ان الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملكا للغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر اما اذا ادعيا اليد واعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه لانهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة بالعقار لا تكون الا بالملك فلما سكتا عنه دل على ان الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال ان يكون

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد

لغيرهما الى ههنا كلامه فتبصر قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما يعني ان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط اقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد الغائب او الصغير او كان شيء منه زائد على قدر حصة الغائب او الصغير من الميراث في يد احدهما واما فيما اذا كان في يد احدهما من العقار شيء يساوي قدر حصته ذلك من الميراث او يصير اقل منها فلا يتمشى ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل ان يكون هذا هو السر في عدم تعرض ذكر اليد وشيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان

فصل فيما يقسم وما لا يقسم لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول لان رضي صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي والايصال الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية ان يقال الا يرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى اقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على ان القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين حاصل ما ذكروا في وجه اصحية المذكور في الكتاب اولا وبين ذاك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الى قوله اما القاضي فيعتمد الظاهر فتأمل قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء قال صاحب العناية والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى اقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر انه اذا كان احد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الى آخره ان يقتصر في بيان حاصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار عدم الجبر في القسمة قوله وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال البعض جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا هناك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي واوضح اشكاله صاحب العناية ثم اجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه

قال وإن كانت داراً وضيعة أو داراً وحانوتاً قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في إجارات الأصل إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ويعدله ويذرعه ويقوم البناء ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيباً بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء حتى إذا كان الأقل ثلثاً جعلها أثلاثاً وإن كان سدساً جعلها أسداساً ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم إلا بتراضيهم لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها وهذا يوافق رواية الأصل

هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجانسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني إما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بهما لانه قاع جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل إذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوجيه بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة إذ يصير مدار مسئلة اجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة إذ يصير مدار مسئلة اجارات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعاً فقد فات والمصنف قصده التوفيق بينهما فنشأ منه الاستشكال المذكور ثم إن قوله لأنه قال جنس واحد فكيف يكون بشبهة المجانسة ليس بسديد إذ لم يقع التصريح في اجارات الأصل بأن قال جنس واحد ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ عرف أدات التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بهما يعني أنهما متحدا الجنس نظراً إلى أصل السكنى فيبنى حرمة الربوا عليه ومختلفة نظراً إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لأن المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلاً لا يصح أن يراد ههنا أما أولاً فلأنه لا يدفع الاشكال المذكور إذ حاصله أن اتحادهما في الجنس محقق بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربوا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانياً فلأن ما ذكره من اتحاد الجنس نظراً إلى أصل السكنى واختلافه نظراً إلى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المتشتتة في مصر واحد أيضاً فبناء على ذلك خالف أبا حنيفة رحمه الله صاحباه هناك فقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المدار في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الامامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فيتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل **قال الشارح** هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين المستحق المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير وليس هذا في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيماً إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما نسب إلى ما لا يليق بالأنبياء وكذا زكريا استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه

قال: وان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهم اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائز بالتراضي **قال**: واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع

احق بها منهم لكون خالتها عندهم تطييبا للقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا للقلوبهن انتهى كلامهم وعزي في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط اقول بين اول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا اولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يأبا ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على انه ليس مما يأباه القياس اصلا بل هو مما يقتضيه القياس ايضا فتدبر **قوله** واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو الى آخره قال صاحب العناية صورة المسألة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله عليه انتهى وقد اخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا يقسم قسمة واحدة اذا لم يكن في دار واحدة قلنا موضوع المسألة انهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند ابي حنيفة يجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضى انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة ايضا فهي المأخذ الاخذ الاصلي اقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية اما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولا شك ان المحلة فوق الدار واذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع اولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلثة فصول عند ابي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا يقسم عنده قسمة واحدة الا برضى الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه ويمضي القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له ان يجمع نصيب احدهما في بيت واحد متصلين كانا او منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب احدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له ان يجمع نصيب احدهما في منزل واحد وهذا كله قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او منفصلين الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة ان مدلول كل واحد منها ان يقسم البيتان او البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق واما الثاني فلانه ان اريد بالتراضي في قوله او في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسألة بين ائمتنا الثلثة

لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمرعي التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل

على الوجه المفصل في الكتاب حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيف ما كان بلا خلاف من احد الا يرى ان الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم باعتباره ايضا كما صرحوا به قاطبة وان اريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة المعادلة فان كان مذهب ابي حنيفة ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر ان وجه عدم امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدرر فاذا لم يكن التعديل فيها فكيف يجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيهما وبالجملة لا ارى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتامل **قوله** لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة اقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد ان يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح تارة لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو مطلقا كما هو مذهب ابي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو اخرى فانه ينافي القسمة بالذرع اصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سياتي ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد **قوله** قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشائخ بان معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى انتهى اقول في اوائل تحريره خلل حيث قال او العكس من ذلك ولا يخفى ان عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب احد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال ابو حنيفة واستوائهما كما قال به ابو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ولله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى فاصاب المحز افادة عين المذاهب الثلثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى **قوله** وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمرعي التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة وهو غير ظاهر انتهى اقول ليس ذاك بسديد اما اولا فلان معنى قوله فيما مر والمرعي التسوية في السكنى لا في المرافق ان المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى في العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى ايضا

ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير تفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رح وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيره سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشائخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما

في كيفية القسمة عند ابي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في ان يراعى في كيفية القسمة بالذراع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذراع فان نفس القسمة بالذراع قد يتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط او العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول ابي حنيفة وابي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول ابي حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تاثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على ان قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة كما ترى **قوله** ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى اقول حق التحرير ان يقال ان اصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر للمقام **قوله** والسفل المجرد ستة وثلثون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى اقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان علوه مثل نصف سفله ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد اي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله اي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه اصلا نعم حق البيان ان يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله فتبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى ان تقع وان لا تقع اخر ذكرهما هنا قال صاحب العناية آخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وانفسخ القسمة ان لم يكن دعواه تناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي او بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجئ انتهى اقول ذلك مندفع فان الظاهر القسمة في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجئ فلا يرد به النقض على شئ من القسمين المذكورين في الاصل المزبور **قوله** فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر انه كذب في اقراره مع انه لا تحليف عليه عند ابي حنيفة ومحمد انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ قد تقرر في كتاب الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولادة ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ اصلا فاذا تقرر ذلك فادعى المقر انه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا ايضا على ذلك فانه يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر له في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه ان يقال فاذا انكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا انكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضي

قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

تعمد لتقدمه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند ابي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تامل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم اقول لكن بقي فيما ذكروا شيء وهو ان قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار واما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه ابو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو اقروا وجوب استحلافهم اذا انكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن **قوله** قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا ووجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مبنى هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا يسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا اقول يمكن ان يقال انه ليس بمانع صحة الدعوى ولا ينبغي ان يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال واما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف ان يدعي احد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف ان يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق واما اذا سبق لا يسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني اذ كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف امر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا شهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية ايضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حق من قبل كما لا يخفى على المتامل **قوله** لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم اقول فيه بحث وهو ان ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو ان التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في البيع قبل القبض على وفاق القياس لان احد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله واحدهما ينكر فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه احد الشريكين قابض بعينه فانه قد وصل اليه فلا يدعي على الآخر شيئا وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده وكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المذكور ههنا الا بطريق

ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما بينا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحد وحدا اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما

القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم ان ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا الطريق لان النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية والتساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتأمل في الدفع **قوله** ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعي للشيء معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى اقول الظاهر ان المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن اصلها والاستيناف بقسمة اخرى حتى ينافي ما يجيء في الفصل الاولى من انه اذا استحق بعض معين من نصيب احدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذ نور دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق **قوله** قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار اي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى اقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا ايضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته اقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري فاذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه وليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المص فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على احد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في تلك المسئلة مبهما فلا يعلم ان المراد به البعض المعين او الشائع فيختل وضع المسئلة وايضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب احدهما كان لمجرد التاكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون تاسيسا مفيدا للمراد مزيلا للابهام فانى هذا من ذلك على ان الاصل في امثال هذا التركيب تعلق المقيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين ان كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول ان الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على احد معنى القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشي عن دليل لا ان التفاوت بينهما انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر ههنا نص فوجب الحكم بموجبه **قوله** لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اعني قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان

والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع في النصيبين لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لنصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال

موضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى ويأخذ تعليله بهذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابي حنيفة لا يصح الا عن تراض انتهى واورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية ان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجئ في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اذ لا شك ان القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضى الغائب الا يرى الى ما مر في الكتاب في اوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضى الغائب لما ساغ للقاضي القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجئ في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء ليس بحوالة رائجة اذ لا شك في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث او الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستيناف كما هو قول ابي يوسف فيما نحن فيه والمراد انتقاضها بالكلية ايضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي اذ لا ينقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث او الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال ثم ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها انواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال انفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث غائب ينقض فكذا هذا وقال هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة احد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث اذا اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا ينقض لما ذكرنا الى ههنا لفظه ثم ان ذلك البعض اورد ايضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا بل اعتبار فيها الدار ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند ابي حنيفة اصلا الا عن تراض هذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرنا من قبل ظاهر من اصل ابي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول ابي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمة الله عليه يدل على ان وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا ان اراد به انها معتبرة عند ابي حنيفة في صورة القضاء ايضا فليس كذلك وان اراد به

ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعوته لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة

انها معتبرة في صورة التغابن ايضا عند غير ابي حنيفة فلا يجدي شيئا فان عدم اعتبارها عند ابي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل قد يتحقق فيما اكده ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ على ما مر آنفا في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في ان يكون قيمة احد الطرفين اكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون غبن احد الطرفين اكثر من غبن الآخر من جهة الوزن او الكيل او الذرع او العدد مما يليق بجنس المقسوم فابو حنيفة يعتبر في ذلك القسمة بالقيمة او التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في الغبن بان يقال ان اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة واصاب الآخر خمس واربعون شاة فادعى صاحب الاوكس الغبن الى آخر المسئلة **قوله** ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا يناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى اقول في الجواب بحث لانه اذا اثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث اصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها اولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال انت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف يسمع البينة والاولى ان يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر او يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتامل انتهى كلامه اقول وانت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها باقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما اشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من ان لزوم السعي في نقض ما تم من جهته امر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي يلزم تمام القسمة من حيث اصل الاستحقاق وذلك لا يدفع للسؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى ان يجاب بمنع استلزامها لجواز ان يظهر له مال آخر ويؤديه سائر الورثة من مالهم فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما بقي الدين او اداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وآخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان اصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهئ للشيء وابدال الهمزة الفا لغة فيها والتهايؤ التفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح **قوله** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه قال الشراح والقياس يابى جوازها لانها مبادلة

الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا
لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب
احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم
ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا
سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت

المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اقول فيه شيء وهو ان ما ذكروا في وجه القياس
جوازها انما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بعين واحدة مدة وينتفع الآخر به مدة اخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان
كما اذا تهايا في دار على ان يسكن احدهما ناحية منها والآخر ناحية اخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط
فيه التاقيت كما سيجيء في الكتاب عن قريب والظاهر من تقرير اتهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق امرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا من وجه
لا يفي بذلك كما ترى **قوله** الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب اقول في كلية هذا التعليل
نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسياتي ذلك في الكتاب ايضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ
من حيث الزمان واما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما سيتحقق نعم ان القسمة في الاعيان اقوى بلا ريب من التهايؤ
الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاولى من حيث الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب **قوله** والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع
الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قال في الايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط
التاقيت كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان اريد انه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط في الاجارة
فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من كل وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز ان يكون افرازا من وجه ومبادلة
من وجه بان يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر
في الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة انها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه
كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وان اريد انه لو كان مبادلة من وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما
في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التاقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة
من وجه وقال صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت بعد
بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لان جمع المنافع
الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقرر في موضعه فكيف يجمع القاضي من جميعها ثم ان كان
المراد ان القاضي يجمعها حقيقة فهو ممنوع وان كان المراد ان القاضي يجمعها حكما يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التاقيت كما اشار اليه
المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ثم ان اشتراط التاقيت فيه ليس بمعيب من احتمال الحال حتى يحتمل الباقي على ما في الاجارة
باعتبار انه المال حقيقة ليس بادل من وجه من عدم اعتبار شرط الاجارة هنا المعروفة حتى يحكم الاول دون الثاني ... في قوله
لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع الا يرى الى ما ذكروا فيما مر انفا من ان القياس ابى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها
... بالقرض في كتاب المهايات لكنا تركنا القياس فيها لضرورة وجد الناس اليه على ان اشتراط التاقيت فيه ... تقرير

[illegible] ان يستغل ما اصابه بالمهاياة [illegible] بخلاف [illegible] حدوث المنافع على ملكه [illegible] ولو تهايآ في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما
[illegible] من حيث الزمان [illegible] المهاياة [illegible] وقيل لا يجبر عند ابي حنيفة لانه لا يقسم الرقيق [illegible] ولا يجري فيه الجبر عنده [illegible] الا ان المنافع من حيث الخدمة
قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة
في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايآ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين
عندهما [illegible] وقيل لا يجبر عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتها
لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما
فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم
بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته
والدابة تحملها اما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز [illegible]

عدم اعتبار جميع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك ان لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه واما اذا كان افرازا من وجه
ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التاقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل **قوله** ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط
ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت
لجواز ان يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى اقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا ايضا متحقق اذ قد مر في الكتاب انه لو وقعت المهاياة
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة ابلغ فمع احتمال ان يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك
كل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في
صورة الاستعارة **قوله** ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد
تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا قال صاحب العناية ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز وكان مسلوما انتهى
اقول ليس هذا بسديد لانه ان اراد انه علم من عطفه على صورة الافراز انه ايضا افراز بناء على ان المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد
العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى ان كثيرا من مسائل الفقه المتباينة الاحكام يعطف بعضها على بعض على ان التهايؤ في
العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من دلالة المسائل الآتية سيما من الفرق بين
التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان اراد انه قد علم من عطفه على صورة الافراز انه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير
بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح ايضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام
حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز او المبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له اصلا
كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه
مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة
لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا العوض مع ربوا النساء
ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى اقول هذا الذي ذكره ماخوذ
من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو انه قد مر في كتاب الاجارات ان اجارة المنافع
بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار
كبيع القوهي بالقوهي نسيئة قال المصنف هناك واليه اشار محمد رحمة الله عليه فلو كان ربوا النساء عند وجود احد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس
مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال ائمتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربوا النساء نعم لنا فيه دليل
آخر على عدم صحة ذلك لما مر بيانه في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى اشار اليه محمد رحمة الله عليه

وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز

وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف في الدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما الا ان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى اقول وهذا ايضا ماخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث ايضا اما اولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل ان التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولا يخفى ان التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع احد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة واما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا ان يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل ان يتهايئا على ان يسكن احدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي واما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة ان قسمة الاعيان مطلقا لا تعري عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال الا ان ذلك الغير ان كان من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا ان يقال المراد بما ذكره ههنا ان قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه الا انه مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتامل قوله وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال الظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الوجه ان لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر ان منافعه التي هي اعماله لا يكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع ان التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها اعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجيء في الكتاب نحو هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية اقول في الجواب نظر اذ تقرر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال ان الاستغلال انما يكون على حسب الاعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم ان يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في ان جماعة من الشراح

والتهايؤ فى الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز فى الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه فى الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة فى المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفى الشريعة هى عقد على الزرع ببعض الخارج وهى فاسدة عند ابى حنيفة وقالا جائزة لما روى ان النبى عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه

ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين عن قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه اصلا تدبر قوله والتهايؤ فى الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل ان يقول علل التهايؤ فى المنافع من قبل بقوله ان المنافع من حيث الخدمة قلما يتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفى ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة الى ههنا كلامه اقول لا لسؤال شئ ولا للجواب اما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر فى موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثانى دون الاول اذ لا يخفى ان المقصود من ايراد العلل المتعددة فى امثال هذا المقام هو التنبيه على ان كل واحدة منها تصلح للافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصولة الى المطلوب ليسلك الطالب اى طريق شاء واما الثانى فلان الظاهر من تعليل المص باحدى العلتين المذكورتين فى كل من الموضعين المتفرقين ان يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم ان لا يفيد شئ منهما المدعى فى مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على ان استقلال كل واحدة منهما فى الافادة بين اما قلة التفاوت فلان التعليل فى حكم العدم فى عامة احكام الشرع واما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعرى ما ذا يصنع الشارح المزبور فى قول المصنف فيما بعده ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا فى نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة فى كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منها جزء العلة لا علة مستقلة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض فى عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا فى الشروح **قوله** قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة قال فى العناية انما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى اقول يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع ايضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر فى سائر الشروح من انه انما قيد بالثلث والربع مع انه لا يجوز المزارعة فى جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء فى الحديث انه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث وبالربع وانما خص فى الحديث بذلك لكان العادة فى ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذى يمكن فى توجيه ما فى العناية ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد والتقييد يعنى انه قيد بالثلث والربع ولم يطلق بالقيد عن الكلية لانه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى **قوله** ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة قال تاج الشريعة قلت الربح فى المضاربة يحصل بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر منعقد شركة بينهما فى الربح وههنا كذلك انتهى اقول لم يجز فى المضاربة ان يكون المال والعمل من احد الجانبين ولهذا قالوا هناك ان شرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز لما سيأتى فى الكتاب انه اذا كانت الارض والبذر

لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما

والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك ان البذر مال بل البقر ايضا مال وقد اجتمع مع العمل في احد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل **قوله** لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه اتى الزوائد على تاويل الزائد انتهى وفي مثل هذا التعسف تبجح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ ان يجعل الضمير في قوله لانه على الشان كما لا يخفى **قوله** ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سلف في باب العشر والخراج ان ارض العرب كلها ارض عشر فان خيبر من ارض العرب ممنوع كيف وقد يقرر في الباب المذكور ايضا ان ارض العرب لا يقر اهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وقد اقر النبي عليه السلام اهل خيبر على اراضيهم على الكفر وذكروا ايضا حد ارض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فمن اتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بان خيبر ليست من ارض العرب **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر كذا في العناية وغيرها اقول النقض غير وارد اصلا والجواب غير دافع لما ذكر اما الاول فلان الزرع في الصورة المذكورة ليس نماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب انه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بامثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه ان البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه واما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون احدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر غيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب **قوله** الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اقول لقائل ان يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملي والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقي تمسك ابي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن ان يقال لهما ان يدفعا ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روي انهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات مسورة بالنصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه **قوله** والخامس بيان النصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما اقول فيه شيء وهو ان بيان النصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فتخصيص بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كثير طائل فتأمل **قوله** والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع الشركة كان مفسدا للعقد قال كثير من الشراح لانه اذا شرط ما يقطع الشركة في الخارج يبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى اقول فيه نظر لان القياس

قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة

لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر

لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض

فما يابى قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجود ايضا اذ قد تقرر في كتاب الاجارة ان القياس يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجودة في الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد ان يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم علّلوا كون ما ينقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا اشترط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة **قوله** وهي عندهما على اربعة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على اصل وهي ان المزارعة ينعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس واما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل ببعض الخارج لكونه مورد الشرع وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن احدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح واشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعدما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرفت هذا فلنا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس فالمنظور اليه الاستيجار يجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشتراك في الاصل يجوز ان يتبع الاخس والفرع الى ههنا كلامه اقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول ان يجعل العامل مستاجر الارض وان يجعل رب الارض مستاجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد ان يكون المستاجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما ان البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستاجر هو رب الارض وانما يصح ان يكون العامل مستاجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر في هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط

والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية اخرى

قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه استئجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استئجار الارض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس ايضا لكونها استئجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استئجارا لمنفعة الارض او العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال لانه استئجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص والتعامل بالامة **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل قال صاحب العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض فيه مستأجرا والعامل اجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر اصالة واذ تعين ان يكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعه الارض ام لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط واما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا ان البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستأجرا للآخر فالوجه في الجواب ان يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استئجارا للعامل لا لغيره اصلا فكان صحيحا قطعا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما في وجه ظاهر الرواية وكان باطلا لعدم ورود الشرع باستئجار البقر اصالة ببعض من الخارج فتدبر **قوله** وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الى آخره قال صاحب العناية وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر اقول الظاهر ان الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والا فثمة وجوه اخر لم يذكراها ولا احد غيرهما وهي ان يشترك ثلثة على ان يكون البذر من احد والعمل من آخر والباقيان من آخر او على ان يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلثة وكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما والبواقي الثلثة للآخر كما اشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد

وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشائخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج **قال** واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة

رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل انتهى كلامه اقول توجيه المروي عن النبي عليه الصلوة والسلام بما ذكره محل كلام اما اولا فلان كون معنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل ايضا شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما اجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا ان يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة اجرتم تخصيص ما جعله لصاحب العمل

قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن اقول في هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب ايضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة ان يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قال في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية ههنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب او شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى **قوله** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل اقول عبارة الكتاب ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما يكون استيجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك يكون استيجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم تخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على ان الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر ان يقال وان لم تخرج الارض شيئا فلا شئ لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم تخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى لا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استيجار الارض ايضا فهم منه حكم هذه الصورة ايضا فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمواخذة بقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور بتمامه في صورة استيجار الارض الا يرى ان عامة الشراح ذكروا ان قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستأجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجابوا عنه بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض للفرع وللاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك ان هذا الجواب لا يتمشى في صورة استيجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا للفرع

قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك **قال** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل مقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم **قال** واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته

يتم التعليل المذكور في جهة باشتراك الصورة فتعين القصور تأمل **قوله** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المال في مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر ان البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستاجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه **قوله** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب القياس واما الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد الزرع كذا في الشروح وعزا في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك في العناية واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الارض او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان ولما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة انتهى اقول فيه بحث لان ما ذكر في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرح به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك ان مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان ايضا وعن هذا اختلفت المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد المزارعة قبل النبات هل يبقى المزارعة ففيه اختلاف المشايخ انتهى **قوله** واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الى الرضى ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضاء لبعض مشايخنا المتاخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة على رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى اقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء او الرضاء وكان المصنف قد اختار هناك صريحا رواية افتقار الفسخ الى احدهما ولم يكن شيء منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدوري فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتامل **قوله** وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه

لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلثة لما بينا **قال** وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا قصل القصيل او جد التمر بسرا والتقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على القصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا

لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشائخ وكان الشيخ ابو بكر البلخي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ ابو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك الا يرى ان الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشائخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله وكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى اقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فانى يتصور دخول احديهما في الاخرى وان اراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشائخ لانه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشائخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن اين يعلم ان حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشائخ او كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والاوجه عندي ان المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تاسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشائخ فيها انتهى **قوله** لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فيرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ان رب الارض ايضا ليس بمتعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من المنفعة على تقدير لا يفارق ربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتامل

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع ان يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة

والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة
الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة
في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض
والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين
المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن
وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان
ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق
ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا
او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها امس فقدمت ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة انتهى اقول في تقريره نوع خلل فانه قال في اوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف اصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان ابا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة ان يقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا انه اعترض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة اقول فيه ايضا شيء وهو ان قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة ايضا من غير فصل بينهما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة اهل خيبر وعن هذا قال المصنف في اوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع انتهى وكان كل من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما اخل به الآخر كما ترى **قوله** والمساقاة هي المعاملة قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهو معاقدة دفع الاشجار والكروم على من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي اعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ الظاهر ان المراد بالمعاملة في قوله والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة هو المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بلغة اهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي اعم من مفهومها الشرعي والا يلزم ان لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة اذ لا شك ان اهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك المراد ايضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة فلا يتصور ان يكون مفهومها اللغوي اعم من الشرعي كما لا يخفى **قوله** والكلام فيها كالكلام في المزارعة قال في العناية يعني شرائطها في الشرائط التي ذكرت في المزارعة انتهى اقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة اربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وعد في النهاية وغيرها ايضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في اوائل المزارعة فكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال اي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة ان الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا الى آخره فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة اصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة

وربما تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة ولو سمى في المعاملة وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد تبلغ الثمرة فيها وقد تتأخر عنها جازت لأنا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وإن تأخر فللعامل أجر مثله لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في مدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خيبر لا يخصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر لأنه لا ضرر عليه في المضي على العقد وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه **قال** فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل **قال** وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لأنه في معنى الإجارة الفاسدة وصار كالمزارعة إذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه فيها فإن مات صاحب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة صاحب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض لأن فيه النظر من الجانبين فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا

بيان شروط المساقاة كما ذكره بعد بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أنسب كما لا يخفى على ذي فطانة **قوله** لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة قال صاحب العناية وقوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا اشترط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلأن كون قوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا على المجموع لجريانه في المجموع كيف ولا شك أن أصل الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي أن يعم دليل ذلك الدليل أيضا للمجموع عند إمكان ذلك وأما ثانيا فلأن ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة إذا اشترط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتام أما على النسخة الأولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك أي لبيان ذهاب أصولهما فكان أي المدة أو الوقت غير معلوم فلأنه يرد عليه أنه إنما يفيد تحقق دليل تينك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوما أي كان دليل تينك الصورتين معلوما لظهور انتفاء جهالة المدة العقد فلم يحتج إلى ذكره فلا يرد عليه أن لا يقتضي أنه لا يذكر دليل الرطبة أيضا لأن حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل **قوله** ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخرين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط إشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا إشكال إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما ذكره ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وإن شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمن كما مر في المزارعة انتهى ولا شك أنها صريحة في أنهم يرجعون بنصف نفقتهم لا بجميعها فأنى يتيسر الحمل على خلاف ذلك **قوله** ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في أحدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الأخرى عذر انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل إذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان أحدهما كونه عذرا والأخرى عدم كونه عذرا فيؤدي إلى كون الشيء ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسألة وهي قوله هل يكون عذر فيه روايتان أحدهما بالإيجاب وهو أن يكون عذرا والأخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذرا وحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن **قوله** تأويل أحدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته أقول فيه أنه إنما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا لسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما إذا ترك بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لأن الترك الاضطراري إنما يكون لسبب عذر

وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لايدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق اخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتامل **قوله** وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر الغراس بل يكون تسليما لقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى اثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكن تسليما القطعة خشب حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى اقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا محالة بل يكون تسليما لقطعة خشبة كما قاله هولاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغارس الشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد **قوله** وفي تخريجها وجه آخر بيناه في كفاية المنتهى يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر اي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه اي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة لهذا الغراس نصفها او جميعها لا لاعتبار معنى الاستيجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى اقول يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهي قولهم او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج انها لا تصلح لان يكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة في الشجر فتامل

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى اقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا ان يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في اكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها و

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطها ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى

اختصاصهما باحكامهما بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة الا يرى انهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع انه من انواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهو اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم ان بعض العراقيين من مشائخنا ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع اباحه قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل بعثته ولا يظن به انه كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبائح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه المهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر اما الاول فلانه يحتاج الى دليل على انه كان يذبح بنفسه قبل البعثة واما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على انه كان ياكل من ذبائح اهل الكتاب فلم لا يجوز انه لم يكن اكل شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى اقول ليس هذا بشئ لان كون النبي صلى الله عليه وسلم تناول اللحم قبل البعثة امر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على انه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة ان لا يظن به عليه السلام انه كان ياكل ذبائح المشركين لما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز انه كان ياكل ذبائح اهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل للنظر اصلا

قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة قال في غاية البيان هذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظة قال في اول المسئلة كان يشير فيه الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وههنا لم تقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي ان لا يورد لفظة قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه فهذا ايضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل الا ترى انه عند اسناد القول الى القدوري او محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لا يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه اقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه ان اراد به انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فاذا ذكرها في اول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان اراد بذلك انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو ممنوع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة او قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دربة باساليب كلام المصنف فشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا

قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى اقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الزكوة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم عني بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم فهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي ايضا في بيان مراد المصنف ههنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السباق والسياق في النظم الشريف الا يرى ان ما قبله اول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود واحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وانتم حرم ولا شك ان الخطابات الواقعة هناك للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة ايضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه ايضا فلا نسلم انه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول ان التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وان قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وان الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي خص بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب ههنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ايضا ان الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات واما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الا ما ذكيتم على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم بان يقال ايضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي ان يضم اليه ايضا دليل آخر واما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم ان يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا ان يدعى ان الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي افاد حل ذبيحة المسلم ايضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة اذ قد يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه بل مرادهم

والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله
عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه
لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد
الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان
الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة
وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك رح لا تؤكل في
الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رح مخالف للاجماع
فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن
مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشائخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا
للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الاية نهي وهو للتحريم
والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

كما تنادي عليه كلامهم انه لو لم يحمل على ذلك لحصل تخصيص اهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك
ان الاستدلال بهذا الوجه يتمشى على اصل من لا يقول بمفهوم المخالفة ايضا اذ لا يرضى احد بخلو كلام الله عن الفائدة قوله والاقلف والمختون
سواء لما ذكرنا اختلف المشائخ في تعيين كلام المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الاثنين المذكورتين وهما قوله
تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته
في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده ايضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله ايضا وهذا ليس بمذكور
في الكتاب اقول يمكن ان يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا انه مذكور فيه ضمنا حيث قال
فيما مر من شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به تميز الدم
النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك انتهى اقول فيه نظر لان قوله ولان به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكوة شرط
حل الذبيحة ولا يدل على ان الاهل الذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد ايضا مع ان احدهم
ليس باهل الذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح ان يجعل اشارة الى ما لا دلالة
فيه على ذلك اصلا وهو قوله ولان به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم اقول هنا احتمال آخر اقرب مما ذكروا وهو ان يكون قوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة فانه قد علم من ذلك ان مدار حل الذبيحة ان يكون
الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى ان الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم قوله وان
ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز و
مالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيح ميتة لا يؤكل وان تركها ناسيا اكل انتهى اقول كانه حسب انه اتى في شرح هذا المحل
بكلام مجمل جامع الاقسام المسئلة كلها لكنه اخل بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري
كما يقتضيه قوله اختياريا كان او اضطراريا لانهم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما يشترط في الذكوة الاختيارية واما في الاضطرارية فيشترط
كون التسمية عند الارسال والرمي لا غير ويجيء ذلك في الكتاب ايضا واما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور ايضا فيما بعد وعلى هذا
الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر
ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس عليه قوله
له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم اقول فيه ان دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابي في
ترك التسمية سواء كما مر آنفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه

وما لك رح يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل **قال** ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت

نهي وهو التحريم قال في العناية وجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام موكد من الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان مقتضى قوله ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير ان يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه على ان لا يوكل المذبوح بالذبح الاضطراري اصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم ان يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع ان حل اكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر عليه اسم الله حال الارسال او الرمي مجمع عليه بلا ريب واما ثانيا فلان قوله الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى لم يذكر اسم الله عليه لما كان عامدا او ناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور ايضا فتحقق التنافي بين الكلامين تامل تقف **قوله** وما لك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه قال في غاية البيان اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية ولان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم التقييد باحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تاكيده بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى اقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين ان يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان الانسب في مثله ان يقول لما تلونا فما معنى المخالفة لها هاهنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي ان يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يتيسر كما في عادته لان عادته ان يقول لما تلونا فيما اذا اراد الكتاب وحده وان يقول لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد هاهنا مجموعهما اتى بكلمة جامعة فقال وما لك يحتج بظاهر ما ذكرنا وقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى **قوله** لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة هاهنا اليق انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والعناية غير ان صاحب الكفاية اتى بعين لفظه واما صاحب العناية فذكر لفظ الانسب بدل لفظ اليق وقال ولهذا قال المص لبعد هذا الورود والامر بالفرية اقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد وبلا فرق بينهما حيث قال فرا يفري شقه فاسدا او صالحا كفراه وافراه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه اصلا واما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا انه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن ابي عبيد والفرق بين الافراء والفري انه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفراء والفري قطع للاصلاح كما يفري الجزار الاديم انتهى فعلى الاتم

وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المريء فانه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح

قوله فيكون كسر الهمزة ههنا هو الاليق اذ لا شك ان الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة ههنا هو الانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى افرى ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا الاجمال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع به فضلا عن ان يكون اليق والنسب واما قول المصنف فيما بعد في اثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بفريه فلعله جرى منه على استعمال فري بمعنى افرى ايضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث او اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء استلقاقا كما ذكر في المغرب هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام قوله وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري قال في العناية احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لان الحيوان لا يعيش بعد قطعها اقول يرد على هذا الاحتجاج انه لو كان المقصود بها مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمري اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع احدهما ايضا كما لا يخفى وقد افصح عنه المصنف في تقرير دليل ابي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام مع ان الشافعي لم يقل بكفاية قطع احدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى اقول ما ذكره في وجه صعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمري بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل ابي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما يجيء من كلام المصنف في تعليل قول ابي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا انه لا يقتضي ان يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز ان يتحقق الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ على قطع الثلثة عبارة وعلى قطع الرابع ايضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك انه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة اعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب اقول لقائل ان يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع احدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الزكوة اولى عند ابي حنيفة ايضا بل ينبغي ان يكون الاكتفاء بقطع احد الودجين اولى ثمة لان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما يقرر في كثير من قواعد الفقه مع انه صرح في الشروح وغيرها بان قطع الجميع اولى عند ابي حنيفة ايضا فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمه معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى واورد عليه بعض الفضلاء

وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رح في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف ولا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رح انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل قال ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع

حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك انتهى اقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في الغاية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا على الجنس حتى يمكن ان يورد عليه ان المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند ارباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما تحت ما نحن فيه ليس افراده حقيقة لان اطلاقه على غير الوجهين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اي فيما يكون ما تحته من افراده حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور اصلا قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة اقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فان القرن ايضا داخل في المدعى مع ان الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز اكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة اقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله انه فعل غير مشروع انه محرم ممنوع عندنا بل هو اول المسئلة وان اراد بذلك انه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم انه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو ايضا اول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكاة يجوز اكل المذبوح به كما صرح به المصنف بقوله حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح فلم يتم التعليل المذكور من قبل الشافعي على المطلوب كما ترى قوله والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة قال في المغرب النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سها انما ذلك النخاع بالغا يكون في القفا ومنه نخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع والنخع ابلغ من الذبح انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير انه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب ان صاحب النهاية ذكر ما ذكره ههنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسب صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد في الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرايين واوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط اصلا الى ههنا لفظ العناية اقول الرد المذكور مردود لان ما ذكر من العظام والاعصاب والعروق انما هو اعضاء مفردة لبدن الحيوان وله اعضاء اخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا اوليا كالعضل او ثانيا كالعين او ثالثا كالوجه ثم الراس مثلا على ما بين كله في كتب الطب فان اراد بقوله وما ثمة شيء يسمى بالخيط انه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدي شيئا اذ لم يقل احد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من ان لا يسمى شيء من تلك الاعضاء بالخيط ان لا يكون النخاع خيطا وان اراد به انه ما في اعضاء بدن الحيوان واجزائه مطلقا شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك ان النخاع من اجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ وتتشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل

فيما يحل اكله وما لا يحل لما ذكر احكام الذبائح شرع في تفصيل الماكول منها وغير الماكول اذ المقصود الاصلي من شرعية

وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف **قال** ولا بأس بغراب الزرع لانه ياكل الحب ولا ياكل الجيف وليس من سباع الطير **قال** ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها **قال** ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر **قال** ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد

الذبح التوسل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر **قوله** وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا تمشي هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية فيمتنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب انتهى اقول ان قوله لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب ليس بتام لان كونه اقرب انما يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوع الاول وحده ولا يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوعين اليهما ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه ان يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يابى ان يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر ان يكون كل من البيانين قيدا لما قرن به من احد النوعين لا قدرا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر **قوله** والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى اقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف ان يقول والسبع كل مختطف او منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر اجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى **قوله** وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهي طائر ابقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق كذا في الصحاح والبغاث طائر ابغث الى الغبرة دون الرخمة بطيء الطيران كذا في الصحاح ايضا معزيا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر اغبر انتهى قال جمهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الصيد وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها اقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب اما اولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه ايضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في اوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان واما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا ياكل الجيف بل ياكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم ان لا يتم قول المصنف لانهما ياكلان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به هاهنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح ان يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح اولا معزيا الى ابن السكيت وما ذكر في القاموس ايضا فتبصر ترشد **قوله** وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال صاحب معراج الدراية اي لان الضب من الحشرات فاذا ارتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تاكل اللحم فانه يتناول نهيه كل افراده انتهى واقتفى اثره العيني اقول ليس ذاك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل ان يترتب الحكم على فرد من افراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر افراد ذاك الجنس ايضا لا من قبيل ان يترتب الحكم

والترجيح للمحرم. ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والأول أصح. وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد. قال ولا بأس بأكل الأرنب لأن النبي عليه السلام أكل منه حين أهدي إليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي. قال وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ. وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه يؤثر في إباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الأصل فصار كذبح المجوسي. ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول وفي اللحم، وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ. وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له. وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتبارا بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل. قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك. وقال مالك رحمه الله وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن الشافعي رحمه الله أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد. لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك. ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال. قال ويكره أكل الطافي منه. وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما روينا ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث. ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة. قال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة. وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره. والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي. ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التأمل يقف المتبحر عليها منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم بالصواب

كتاب الاضحية

ثم الجنس فيجب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس كما توهم ذلك الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف بقوله إنما تكره الحشرات كلها أن الضب منها وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهته أكلا على كراهة أكل سائر الحشرات أيضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع النص في هذا الضيق ولم يثبت في إثبات كراهة أكل جميع الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث فإن الظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث والأولى أن يستدل بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والأول أصح قال صاحب العناية في تعليل كون الأول أصح لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى أقول فيه نظر لأن هذا إنما يدل على كون الأول أصح أن لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسألة منحصرا في لفظ أكرهه فكان نصا في التحريم ولم يقم ما دل على التنزيه وليس كذلك بل قد روي عنه في هاتيك المسألة اللفظ الدال على التنزيه أيضا ومن قال بكراهة التنزيه تمسك بما دل عليه ومن قال بكراهة التحريم تمسك بما دل عليه فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضا حيث قال متصلا بالتعليل المذكور ومبنى اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فإنه روي عنه حين سأله بعض الفضلاء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح إلى التنزيه وروي عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف تأمل قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل أقول الظاهر أن ضمير لهم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المار إذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل المخالف مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والإنسان كما مر ذلك أيضا إذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل قوله ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث أقول لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما يقتضيه كلام المصنف بل ينبغي أن يقال لإطلاق ما روينا وإطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الاضحية

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الأضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه مناقشة وهي أنهم إن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع إذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام إلا في ضمن الخاص وإن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو إنما يكون إذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الأمر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تمييز الذاتي من العرضي إنما يتيسر في الحقائق النفس الأمرية وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الأضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل تفهم ثم إن بيان معنى الأضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها يذبح في يوم الأضحى انتهى أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله

والصحاح وغيرهما فان المذكور فيهما ان الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر في واحد منهما عموم الاضحية لشئ من غير الشاة كما يشعر به لفظه ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها اي يذبح انتهى اقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك ان الاضحية اخص منها ثم قال صاحب النهاية واما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بسن مخصوص وهو الثني فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضان يذبح بنية القربة في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى اقول يرد على ظاهره ان الاضحية في الشرع عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذاك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فلم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هذا الحيوان المذبوح نفسه ونظيره ما قيل في تعريف العلم بحصول صورة الشئ في العقل ان المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم انه لا بد للتعريف من وجه آخر وهو ان يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه ايضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالخصوص ما يعم الخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز والخصوص السني ايضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشئ نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان اظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية واما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو ايام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال واما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت يسقط الاضحية الا ان في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو ان يكون بعد صلوة العيد ثم قال واما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بانها ممكنة او ميسرة لم يذكر في اصول الفقه ولا في فروعه اما الاول فاقول بالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو ايام النحر والغني شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشئ الى الشئ ان يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلوة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه

وعند ابي يوسف انه سنة ذكره في الجامع وهو قول الشافعي رح وذكر الطحاوي رح ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة

الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى انه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى اقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرطا لوجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال ان يكون سببا لوجوبها لان الشئ الواحد لا يصح ان يكون شرطا وسببا لشئ واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ان الشرط والسبب متنافيان قد اعتبر في احدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب ان يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط ان لا يكون موصلا الى المشروط اصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع ان يكون شئ واحد موصلا الى شئ واحد آخر وان لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلوة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم ان يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شئ واحد قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى قال في العناية اخذا من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر الى آخره حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك لاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فتأمل انتهى اقول ليس هذا بشئ اذ لا نزاع لاحد في ان علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب انما الكلام هنا في ان القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة ام القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على انها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى اثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها او بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرح به لا القدرة وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به ايضا فبعد ان تقرر ان علته في الموسر هي القدرة لا غير يكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين ان المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على ان اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجئ في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ويفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقت يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم

ليس بالقدرة الممكنة والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر انتهى اقول وليس هذا ايضا بشيء لان مراد المصنف هناك فوات اداء الاضحية بمضي الوقت لا سقوطها بالكلية في حق الغني ايضا فان الاداء هو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضي الوقت في الواجبات الموقتة مطلقا لان الوقت شرط الادائها على ما عرف في اصول الفقه واما القضاء فهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وانما الفائت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا ايضا مما عرف في اصول الفقه وقد تقرر فيها ايضا ان القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلوة للصلوة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة في الحج وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان ادائها في وقتها باراقة الدم وقضاؤها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها او بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ويفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل احد بسقوط وجوبها حتى يصح قوله والا لم يسقط ولم يقل احد بصحة اداء الموقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما الذي يلزم بعده قضاؤها وهو انما يكون بالتصدق بعينها او بقيمتها لا بغير ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في ان المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه اقول وهذا ايضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر في علم الاصول من ان وجوب الاداء في الموقتات التي يفضل الوقت عن ادائها كالصلوة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هناك يتوجه الخطاب حقيقة لانه في ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لا شيء عليه والاضحية من هاتيك الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب ادائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها او بقيمتها بخلاف الزكوة فانها من الواجبات المطلقة دون الموقتة كما نص عليه في علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا اي في اي وقت كان باعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف في اصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية ايضا هو القدرة الميسرة لزم ان تسقط الاضحية اداء وقضاء بهلاك المال بعد ايام النحر ايضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله المذكور بيان مشابهة الاضحية بالزكوة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي ايام النحر في سقوط الاضحية واطلق هلاك النصاب في سقوط الزكوة والعجب ان هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه **قوله** ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام يوجب المقاتلة به الا ان فيه ترك الاذان والاقامة في

وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية

غير الحرام كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ذاك التاويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث ايضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا او تركها اصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى اقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا امرا وكان الامر للوجوب وجاز ان تحمل السنة في قوله فانها سنة ابيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب ايضا تعين جانبنا ولم تشترك في الالزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة انتهى واورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى اقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم يكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة اخرى لاصل المدعى ولعل الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه اصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني اخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره اهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق اخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به اقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها اي الاضحية مختصة به اي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد ان يكون المراد بقوله لانها مختصة به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الى آخره والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على ان يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري

قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية

وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه ثم ان تعليله حينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة العنوان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم ان يكون المبين والمعلل ههنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون ان يبين ويعلل اختصاصه الشرعي بذلك الوقت شيء اصلا ولا يخفى ما فيه قوله (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكر في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت اقول ههنا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على ان اول وقتها في حق من عليه الصلوة بعد الصلوة فمن اين اخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار ايضا وعلى تقدير ان يتحقق الماخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم يتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلوة في حق اهل الامصار بل لم يكن اداؤها قبل الصلوة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الشرط الذي قبل الصلوة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق اهل الامصار ايضا وما ثمرة ذلك والظاهر ان ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة اداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا اقل من امكان ادائه فيه فتامل ثم ان صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة واول وقتها بعد الصلوة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه واول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلوة عليها ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي اخطا فيها تاج الشريعة حيث زعم ان اول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم ينتبه له تاج الشريعة انتهى كلامه اقول لا خطا في كلام تاج الشريعة اصلا فان مراده بقوله واول وقتها اول وقت ادائها لا اول وقت وجوبها ولا شك انه اذا كان تقديم الصلوة عليها شرطا في حق اهل الامصار كان اول وقت ادائها في حقهم بعد الصلوة وان كان بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جواب اجازة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلوة العيد انتهى قوله (ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم) قال الشراح قوله اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجزيه قياسا وذلك لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة من وجه فوقع الشك في العبادات فيؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى اقول ههنا بحث وهو ان ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه لان كون صلوة اهل المسجد صلوة معتبرة لا ينافي كون صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على عكسه صريح في ان صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلوتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلوتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكر في الكتاب في مقابلة القياس الذي ذكروه

قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء ... لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين ظلعها ... والمريضة البين مرضها والعجفاء ...
قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب ... لا تجزي ... فاما اذا بقي الاكثر من الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ...

[illegible]

فلست تترك به القياس كما هو مقتضى جواب هذا الكتاب **قوله** وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده اقول لقائل ان قوله ويومان بعده يشعر بانهما ليسا من ايام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر ان ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعده وايام النحر ثلثة والجواب ان المراد بقوله يوم النحر هو يوم العيد الخنس واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سياتي في الكتاب والتحقيق ان يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم ليوم الاول من ايام النحر وهو يوم العيد واما ايام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين فتبصر ترشد **قوله** ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان اوجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى اقول ليس كذلك بل الحكم هنا هو التصدق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان اوجبا بدون الايجاب على نفسه فان الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها كما افصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر **قوله** لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان فيما وجب عليه في الاداء خلاف الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وجب التصدق بالعين لا بالقيمة الاعتبار بالجمعة والصوم مراد المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى انتهى اقول ذاك ساقط اذ لا نسلم انه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم الا اذا كان ... ان القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان فيما وجب عليه في الاداء خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة ان هذا المعنى متحقق في التصدق بالعين ايضا لان الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة او بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا ينبغي ان ينسب الى المصنف هذا اذ يلزم حينئذ ان يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى بنية الاضحية فيكون تاركا للتفصيل من غير افادة حق المقام بالضرورة وحاشاه من ذلك فالحق ان مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما اشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين او القيمة **قوله** والاضحية بالعمياء الى آخره قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى اقول ليس هذا البيان بسديد اذ لا يذهب على احد انه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما ذكره فيما بعد بقوله ويجوز ان يضحي بالجماء والخصي والثولاء الى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب او السنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن يجب عنه الاضحية وعدد من يجزي عنه من الشاة والبقر والبدنة واول وقت الاضحية وعدد ايامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما تحققته من قبل ولعل صاحب العناية تدارك حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا تجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما تجوز به التضحية **قوله** واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر الى آخره اقول تطبيق هذه الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها الكثرة دونها بصيغة التفضيل

قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بالعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخته من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم

والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي ان يكون الجزء الباقي منهما اقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه اما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر اذ لا شك ان الربع باكثر من ثلثة الارباع ولا الثلث باكثر من الثلثين واما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصر اكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية ايضا ذهاب اكثر الاذن والذنب فكيف يرتبط قوله واختلف الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا يعتبر القيد الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير ايضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثير فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل ان تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن غمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير ان يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا للزم ان يصير الاذن والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب نصفهما او ثلثهما او اكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف قوله ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا اقول لقائل ان يقول الامر المطلق للوجوب عند اكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى واطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب قوله ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرناه لان للبدل حكم المبدل اقول لقائل ان يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه ايضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في اصول الفقه فليتأمل في الدفع قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول اقول فيه بحث اما اولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها اصلا اي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز ان يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا ببدله واما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم لما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد ان بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان للبدل حكم المبدل قال فكان القياس ان يجوز بيع الجلد بالدراهم ايضا الا انا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلي ولا تعط اجر الجزار منها فاذا اعطى اجر الجزار منها يصير بائع اللحم او الجلد بالدراهم

فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر ان يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح ان يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد اشار اليه صاحب البدائع حيث قال ولو ان بيع بهذه الاشياء وبما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم او الدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى **قوله** فصار كما لو باع اضحيته قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني انه لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بالفضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله انتهى اقول قد تكلفوا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشتراء غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضي ايام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كما لا يخفى مع ان الامر في معنى هذا الكلام على طرف الثمام حمله على حذف المضاف اي كما لو باع لحم اضحيته فيكون المراد به الاشارة الى ما في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر **قوله** ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه قال في العناية وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى اقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد اخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تال مغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب اصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي ان قول المصنف ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على اصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل ان تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي اتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري ان صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على اصل المسئلة ام يجعله متصلا بشيء آخر غير اصل المسئلة فانظر وتبصر بل تيسر

شيء من ذلك

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصاً ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها **فصل في الاكل والشرب**

قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بابوال الابل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من اصل او فرع يرد فيه الكراهية الا يرى ان التضحية في ليالي ايام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية بجز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك خروج الكتابي بتغير ذلك كما ان الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشائخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام قاضيخان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة هو موليها اما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه واما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان احسن فلقب به او لان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها واما التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما اباحه كذا ذكر وجه كل منها في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره الشئ كرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضى قال الله تعالى عسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي اي ليس يرضى بها ولا يحب لها وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيته وعند المعتزلة هي ضد الارادة ايضا على ما عرف في اصول الكلام واما معنى الكراهية في الشريعة فما هو المذكور في الكتاب **قوله** قال رضي الله عنه تكلموا في معنى الكراهية يعني اختلف اصحاب الشرع في معنى الكراهية فروي عن محمد انه نص على ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في ان الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريم واما المكروه كراهة تنزيه فالى الحل اقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتاخرين ههنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بابوال الابل قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان انتهى يعنون انه لو قال يكره لحوم الحمر والبانها لرجع الضمير في البانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الحمر وانما تتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك بتقدير وتاويل لكن مرادهم عدم استقامته ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مواخذة بعض المتاخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يوكل لحمه ولو اعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبوق الاكل والشرب انتهى اقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه اصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل

وتاويل قول ابي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بيّنا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتى ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

من مسائل الاكل والشرب ايضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم يذكر هذه المسئلة فيه اصلا او ذكر معها غيرها ايضا مما سبق في الذبائح واما حديث ذكر من المسائل السابقة في الذبائح تذكير الابواقي فغير تام ايضا لان ذكرها ذكر مرة كيف يستوفي تذكير البواقي المذكورات ليس من داب المصنفين ولا مما يهم اصلا ثم اقول الاوجه ان يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها ايضا لان جميع ما لا يوكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفي وكراهية لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطية لكراهة البانها التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها للتوطية لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض واما حكم ابوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه اقول ليس هذا الكلام بصحيح لان المص ايضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزم التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا واما كون ماخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة **قوله** وتاويل قول ابي يوسف لا باس به للتداوي انما احتاج المصنف الى هذا التاويل لان مذهب ابي يوسف ان بول ما يوكل لحمه نجس كما مر في كتاب الطهارات فلزم ان يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل حل شربها عند ابي يوسف ايضا فاول المصنف قول ابي يوسف المذكور ههنا بنفي الباس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام واما قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا باس بذلك فلينصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا الا انه اطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى اقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كره شرب ابوال الابل واكل لحوم الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك ان عبارة كله في قوله وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله تمنع من ان يكون قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل ايضا **قوله** وقد بيّنا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها اقول في رواج هذه الحوالة بحث فان البان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا ابوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلوة والذبائح وانما يثبت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يوكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارات والذبائح ويمكن ان يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين اما في توجيه الصورة الاولى فيهما فبان يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه واما في توجيه الصورة الثانية منهما فبان الطهارة لما كانت من شروط الصلوة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلوة مسامحة قال بعض المتاخرين وانما قال في الصلوة مع ان البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البير اشارة الى انه ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلوة كما وقع في فتاوى قاضيخان في ان لا يحرم

واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادّهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة

قال ويجوز الشرب في الاناء المفضّض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضّض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضّض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة رح ويروى مع ابي يوسف رح وعلى هذا الخلاف الاناء المضبّب بالذهب والفضة والكرسي المضبّب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لها كتاب على حدة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ماله ان يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في اول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلوة وهل يليق بالعاقل ان يقصد الاشارة الى مثل ذلك على ان الشراح ذكروا واقاموا في اول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلوة ممنوع وعن هذا ترى اكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم ان شرب ابوال الابل حرام عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رح مطلقا وللتداوي فقط عند ابي يوسف رح وذكروا دلائلهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع ان استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وان طهارته لم يلزم عنده الا من حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم كما سبق فيدار حله على طهارته ودور ظاهر الى هنا كلامه اقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة الطهارة في العقل بان يصير دليلا عليها واما طهارته فانما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان اني وبعكسه برهان لمي ولا دور اصلا وهكذا الحال بين كل موثر واثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني علة للاول في العقل اي دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع **قوله** واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه اي لان الادهان في آنية الذهب او الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال باي وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب ايضا وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب او الفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صب على الراس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك واری انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى اقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في اواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية الذهب او الفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق في العرف والعادة باخذ آنيتها وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها واخذ الدهن ثم صبه على البدن واما استعمال مكحلة الذهب او الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو انه يقتضي ان لا يكره اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها وكذا اذا اخذه بيده واكله منها واجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرنا في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض اقول منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية واما الثاني فلان مرادهم ان الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل اكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا اكلت الطعام منها باليد او الملعقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد او الملعقة في العرف واما اذا اخذ منها ووضع على موضع مباح فاكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها

لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع
ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له
مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر
مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى
قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه

وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الراس لانها انما صنعت لاجل الادهان
منها بذلك الوجه واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن وصبه على الراس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر ان مرادهم ان يكون
ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ
ثم بيانه اياه بقوله اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية امر زائد بل مختل اما اولا فلان المذكور في عبارة عامة المشائخ في آنية الذهب
والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتاخرين
من اصحاب المتون واما ثانيا فلانه لا تاثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان
الاستعمال في الابتداء او في الانتهاء يظهر ذلك بالتامل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض
عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل لوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة
فان للمماسة تاثيرا في الحرمة كما سيجئ من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض او المضبب وقت الشرب فتامل انتهى اقول يرد على هذا
الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي اورده صاحب التسهيل فانه اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها او اخذ بيده واكله
منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع انه يكره بلا شك فالمخلص الكلي ههنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك
واما الاناء المفضض او المضبب فبمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة او ذهب بل هو مركب من لوح وفضة او ذهب فاعتبر ابو حنيفة في حرمة
الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة او الذهب ولم يعتبر صاحباه ولكل من الجانبين اصل ياتي بيانه قوله لهما ان مستعمل جزء من الاناء
مستعمل جميع الاجزاء فيكره جمعهما في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع ابي يوسف وان كان افرد ابا يوسف في بيان الحكم
فيما قبل واما صاحب الكافي فافرده ههنا ايضا حيث قال احتج ابو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال بعد نقل ما في
الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية رد لما في الكافي من
احتجاج ابي يوسف اقول ليس ذاك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما
دلالة كعمومه للادهان منه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما اشبه ذلك به كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان
المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال
الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيره انما كانت
لما فيه من التشبه بالاكاسرة والجبابرة وكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا
اما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال من
شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه ايضا ذلك البعض حيث قال بعد

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ...

نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على ابي حنيفة رح لكن لم نجد في روايات البخاري وغيره الاخبار عن زيادة او ان فيه شيئا من ذلك وقال في الحاشية ردا لما ذكره الزيلعي من احتجاج ابي يوسف انتهى اقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما راه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية اخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح ان يجعل ذلك البعض بمجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم اقول كان الاظهر ان يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان ههنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل او الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر هناك مستوفى وعبارة المصنف توهم اصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان اظهر من الكل وكان اوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم الا انه لم يغير لفظ محمد رح في الجامع الصغير تبركا به قوله لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل وانما انتهى اقول في تفسير قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه اكله ركاكة جدا لان قوله وسعه اكله جواب المسئلة فهو في قوة ان يقال يقبل قوله فيما اخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه اكله لصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما اخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المصنف ههنا ان يقال يعني انه لما قبل قوله في الحل اي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم فانه يتضمن اثبات حل الاكل بما اشتراه كما صرحوا به قاطبة اولى ان يقبل قوله في الحرمة اي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به ايضا فتبصر قوله لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء انتهى اقول لمانع ان يمنع ان انفس الجواري والعبيد تبعث عادة على ايدي هؤلاء بخلاف اهداء غير انفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على ايديهم بلا مجال النكير من احد قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني اقول ولمانع ان يمنع ان عدم قبول قولهم في اهداء المولى انفسهم يؤدي الى الحرج لامكان ان يبعثهم على ايدي غيرهم من سائر العبيد والجواري او الصبيان وعدم القدرة على غيرهم اصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على ايدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما في اهداء الامور الخسيسة قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قيل ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل لا يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد وذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكر في الجامع الصغير فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الهدايا فيشترط ويجوز ان يشترط استحسان ولا يشترط رخصة ويجوز ان يكون

ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية
هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق
راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء فاذا اخبر بها مسلم مرضي لم
يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به

في المستور روايتان انتهى اقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات ايضا بشرط
التحري كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي
هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا صحة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري **قوله** ولا يقبل فيها قول المستور
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري
الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى اقول فيه بحث لان اصل ابي حنيفة في الشهادة ان يقتصر الحاكم على
ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات وكان احد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها
ولا ريب ان المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ففي غير ظاهر الرواية ايضا لم يلزم عدم
اعتبار احد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على اصحية ظاهر الرواية ويمكن ان يقال ليس مقصودهم بيان اصحية ظاهر الرواية على اصل ابي حنيفة
في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند ابي يوسف و
محمد رحمهما الله ما لم تظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب
غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسي حيث قال قال شمس الائمة السرخسي في اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية
الاخبار لثبوت العدالة له ظاهرا بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على
بعض ولهذا جوز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكر في الاستحسان اصح في زماننا فان
الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا يعتبر شهادته في القضاء قبل ان تظهر عدالته انتهى بما ذكرنا تبين اختلال
تحرير بعض المتاخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي لا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح
ثم قال وجه الظاهر انه لا بد من اعتبار شرطي الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكروه وجها
لاصحية ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فيرد عليه قطعا ان حقيقة العدالة ليست باحد شرطي الشهادة عند ابي حنيفة بل يكفي ظاهر
العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى ان ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه
فتدبر **قوله** ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا اشتباه
على احد في قبول قول الحر في كل امر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق شناعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها
قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول الحر الخ
والامة لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى اقول قد زاد هذا الشارح في التشنيع نغمة حيث اتى
بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر ولا شك ان كلمة هؤلاء من جموع اسماء الاشارة فيكون ههنا اشارة

وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة

الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير من كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في امور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في كلامهما ايضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه او مشبها به وهو داخل ايضا في المدعى ههنا وكان مما يلزم اثباته ايضا ههنا فكيف يتم ان يجعل مقيسا عليه او مشبها به لاحد قرينيه قبل ان يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه **قوله** وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط اقول هذا مشكل عندي لانه اذا كان اكبر رايه انه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا اراق هذا الماء على اعضاء الوضوء كان الراجح ان يتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست اعضاؤه لم تجز صلوته بالم تطهر والمفروض انتفاء ما يطهر والا لم يجز التيمم فكان ينبغي ان يكون الاحتياط اذ ذاك في ترك الاراقة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان اكبر رايه انه كاذب كما سياتي من بعد فان التيمم هناك بشيء طاهر فلا يلزم محذور اصلا فليتأمل **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اقول لقائل ان يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون ان يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف لما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب ان مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب فيها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال الكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا فيما مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق والمستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك واما التحري فمجرد ظن قلت معناه انه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي اقوى من الاول فافترقا

قوله وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح اقول الجواب منظور فيه لانهم ان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب انها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه ان كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب ما كان فعله اولى من تركه مع منع تركه والسنة ما كان فعله اولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب

قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تاكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السوال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت موكدة تاكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على ان صلوة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير ان يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السوال ايضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى اقول ليس بشيء لان تشبيه اجابة الدعوة بصلوة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فقهيا فيلزم ان يكون قول المصنف كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشاه ثم اقول يمكن ان يجاب عن ذلك السوال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا انها تنقلب الى الواجب بقاء اي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما اشار اليه المصنف فيما بعد ونظيره الصلوة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لا يلزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجيء فيكون قوله كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة تحضرها النياحة لانه ان اراد مطلق الدعوة فلا نسلم ان اجابتها سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتاخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ليعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم التقريب لان فرض المسئلة في حق دعوة اقترنت باللهو وفيها الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة اصلا واما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمه يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء وبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة ان اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء ان الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان اراد ان اجابة الدعوة على وجه السنية كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتامل الى هنا كلام ذلك البعض اقول لا يذهب على ذوي الفطانة ان هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء اما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة اصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء اذ اجابتها انتهاء فرع مجيئها الى محل الدعوة اولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعي الى وليمة او غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمه لعبا او غناء فلم يقعد ولم يأكل فانه يوجد هناك الاجابة

(وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة)

ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجئ في الكتاب والعجب ان ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجازة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب بحق قوله والاجابة الوقوع وبالعكس ولم يدر ان تحقق انتهاء الشئ في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى واما خلو كلامه عن تحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم انه اختار كون المراد ان اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور ان الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة اصلا كما سيجئ في الكتاب وذكره ذلك القائل ايضا في اثناء كلامه ويكفي لسند منع ان اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك قبل الحضور وهو صورة اخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد ان اجابة الدعوة على وجه السنة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلثة اوجه الاول ان دعي الى وليمة او طعام ولم يكن فيه شئ من البدع اصلا والثاني ان دعي الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة ان ثمه شيئا من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعي الى ذلك وذكر ان ثمه شيئا من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا يكون الاجابة لازمة للمدعو اصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تامل تقف قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر اقول لقائل ان يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول ان المعرف باللام اذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فيعم كل دعوة والجواب انه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما امكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف فافترقا قوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمه اللعب والغنا فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على ان الملاهي كلها حرام وهو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث فكان باطلا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على ان الدليل

بخلاف ما اذا اجتمع عليه لانه قد لزمه وذلك دلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يوت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغنا بقوله فوجدتهم اللعب والغنا فيصير حاصل التعليل ان محمدا لما اطلق اسم اللعب والغنا في ماتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم ان اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى واما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث فكان باطلا ينافي قولهم في اول التعليل لان محمدا اطلق اسم اللعب والغنا اذ على تقدير ان لا يكون ما ذكره محمد في ماتيك المسئلة من هذه الثلث يلزم ان لا يكون اسم اللعب فيهما مطلقا بل ان يكون مقيدا بالغير هذه الثلث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما اخذوا اطلاقه اسم اللعب من قوله فوجدتهم اللعب والغنا ولا يخفى ان قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلث المذكورة ثم اقول بقي شيء في اصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على ان الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلث المستثناة في الحديث ايضا ولم يقل بها احد من الائمة الا ان يقال تلك الثلث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا فيجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وههنا استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله انتهى كلامه اقول اراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكره في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة لقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته واشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على ان الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء ههنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى وكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث او عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتاخرين ههنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اذ الظاهر ان كلتي مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة واداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحيوة الدنيا وليست اداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو اداة سورها كما صرحوا به ثم اقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد واما قوله وههنا استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج ان بعض اللهو واللعب وهو الحيوة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا اوسط في ذلك القياس هو الحيوة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا انا اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج ان بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا ان بعضه اي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تاثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كانه غير خاف على من له دراية بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور ان

وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

بعض اللهو واللعب الذي هو الحيوة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من امور الدنيا كثير لا يخفى فما الوجه للتخصيص على ان ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السوال لامكان ان يورد السوال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحيوة الدنيا ايضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو ولكن الحيوة الدنيا ليست بحرام ينتج ان الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك ان الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب ان يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو انها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله اعلم انها لعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني انها كاللعب واللهو في سرعة فنائهما وانقضائهما صرح به في التفاسير فلا يلزم من عدم حرمة الحيوة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو ايضا كما لا يخفى **قوله** وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون يعني ودل ايضا قول ابي حنيفة ابتليت على ان الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد اشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون اقول لقائل ان يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمه مسلمة بناء على ان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم لكن دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك ان ما ابتلي به مرة لا يكون الا شيئا معينا منها وقد اعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن ان يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قال ابو حنيفة جاز ان يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى **قوله** ذاك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا انها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشان في سائر النوافل من الصلوة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيما فكان الصبر على الحرام فيما قال ابو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلوة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مرّ منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون ابي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح ان الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث ان مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شرع ذلك فتامل وقد اورد صاحب الاصلاح والايضاح ما اورده صدر الشريعة مع زيادة لبعض من المقدمات سيما في اول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر ان جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلي بحرام انتهى وقد نقله بعض المتاخرين بتقصير وتحريف وعزاه في حاشيته الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قائل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب المخل ومن شاء فليراجع كتابه

فصل

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج باحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روى انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير

فصل في اللبس قال صاحب العناية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطي لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطي انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة اقصر اقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه ان تكون فصل الاكل والشرب مما ذكر فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية عما يتقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب كما ترى والصواب في وجه الترتيب ان يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب اشد وعقبه على فصل اللبس فقدمه على فصل الوطي لان احتياج الانسان الى اللبس اكثر من احتياجه الى الوطي لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد اشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية قوله

وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه ان يقول انما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين وههنا لو تاخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور امتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تعليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر او نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تاخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية

قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب ههنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تاخره فينتسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه اقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان اراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان انهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان ليس بصحيح اذ المؤخر تكون ناسخا للمتقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كله في علم الاصول وان اراد بذلك انهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمتقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال اقول في الجواب الذي ذكره ايضا شيء وهو انه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات انه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء ايضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر ان بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه انكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم ان يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن اين العموم اجيب بان العموم المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى اقول في الجواب بحث وهو انه قد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص مترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير ان يكون غير الشخص المشار اليه

قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما العمومات ولأنه من زي الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه إياكم وزي الأعاجم وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف **قال** ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح إلا لضرورة

في قوله عليه السلام هذا ان حرام ان الحديث ملقاة بالدلالة يلزم ان يرجح الحديث الدال عبارة او اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما افاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فلزم ان لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه للنساء فمن اين ثبت العموم **قوله** ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره قال الشراح يعني للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس وما خذهم الخلاصة فان قال فيها والرجل والمراة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة اقول تعميم قول الامامين ههنا للمراة ايضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر انه يعم التوسد والنوم عليه ايضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف ينكران العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم **قوله** لهما العمومات قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه اذا استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائمهم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني رايت عليكم ثياب اهل النار انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات اقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر انهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا او نام عليه انه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا ان يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا انهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذا ان حرام ان الحديث ثم قوله عليه السلام لان اتكي على جمرة الغضا احب الي من ان اتكي على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية في هذا البيان اقول هذا اشبه من الاول ولكن فيه ايضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما واما في الاخيرين فلا لان الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم الا ان ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا والآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى **قوله** والمحظور لا يستباح الا لضرورة قال بعض المتاخرين قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على ان المحظور لا يستباح الا لضرورة فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل اقول ليس هذا بشيء فان جميع مقدماته مجروح اما قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب ايضا فلان ذلك الايهام اذا يتصور ان لو تحققت الضرورة في غير الحرب ايضا وليس فليس واما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت

وما رواه محمول على المخلوط **قال** ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس **قال** وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

بالاباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه ان يقال يجوز ان يكون استباحة الاعلى للتوسعة مهما لا لحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة واما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل ان لو كان قوله فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى متعذرا في كلام المصنف واما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجب الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المص كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة اعني قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك ان قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الى آخره وقد اعترف به ذلك البعض في شرح المقام ثم لا يذهب على الفطن ان الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى ان المحظور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى الا انه اخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلهما العقلي اكثر وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا اصلا تأمل ترشد **قوله** وما رواه محمول على المخلوط اقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسألة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه **قوله** ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتاخرين في تعليل ولان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا اقول لا يخفى ان المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فيكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتاويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الاخرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى ههنا لفظ ذلك البعض اقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة ان الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المعتبر

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه

الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما الا ان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما هو جوابه فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال ان يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم ذهب جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمها اياه اليه بطريق التعليل لقوله وكانت هي المعتبرة دون السدى واصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدمه وعدم التفات فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز ان يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه او اعتمادا على تقرره في كلمات المشائخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال في اللحمة بدون القصر عليها وكانه قال وتمام النسج او آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض انه مع اعترافه ببطلان ما ذكر في كلام المصنف بدون اعتبار اضافة الحكم الى آخر الجزئين حيث قال لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو بهما اللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف وغيره وما غيره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر ولم يلتفت الى ما وقع في كلام فحول المشائخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى وكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط وانه ايضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتاتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه ايضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز ان يكون مراد الزيلعي بقوله ونقول الى آخره تقرير ذلك الدليل بعبارة اخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغائر للاول في المعنى والمال ترشد اليه انه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فيكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث اعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله ونقول الى آخره ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه ايضا **قوله** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه اقول لمانع ان يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بانه ادنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة لضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى ان الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه ان معنى المصنف بقوله لانه في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقد تقرر في علم الاصول ان شرط دلالة النص ان يكون المسكوت عنه اولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق او مساويا له فيه ولا يجوز ان يكون ادنى منه وليس الامر فيما نحن فيه كذلك لما عرفت ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر اقول الاستدلال على عدم حرمة التختم به بانه ليس بحجر مما لا طائل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي ان

المصنف في التعليل مع ملاحظة الشراح كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره

[illegible]

قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد الكناني اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يتمخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس قال ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم شعر لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى

ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق فانه مروي قال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره ومكان التشبث بكونه حجرا الغرض نفعا في اثبات سبعه من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر كما يقال لليشب والعقيق انه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تختم بالعقيق انتهى كلامه قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام قال بعض المتاخرين هذا التصريح لما علم من قوله الا بالخاتم الا انه توطئة لما فصله من دلالة انتهى اقول ليس كذلك لان معنى قوله الا بالخاتم الا انه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من النفي اثبات بلا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه لما قيل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل ان ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن امته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة وان تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان جواز العزل وعدمه لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب ان يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل ايضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما في الكافي والاولى من ذلك ان يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التاخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى المراة ونظر المراة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والقسم الاول منها على اربعة اقسام ايضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير فبدأ في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى قوله قال علي وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف اقول الظاهر ان المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز ان ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفيها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره اقوالا من الصحابة لا يدل على كله ههنا شيء منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح ايضا اذ الظاهر ان موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفها منها ما روي ان امراة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روي ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسماء ان المراة اذا بلغت المحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا واشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي ان فاطمة رضي الله عنها لما ناولت احد ابنيها بلالا او انسا قال رايت كفها كانها فلقة قمر اي قطعته فدل على انه لا بأس بالنظر الى وجه المراة وكفها قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتاخرين يريد ان حرمة مس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس

اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر وا

بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور ههنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كذا في المحيط وغيره وما روي عن ابي بكر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كما ذكر في الكتاب ثم ان ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون ان تذكر في الكتب نقلا عن الائمة او المشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة واجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها الا اذا نهيت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المذكور ههنا اذ الظاهر ان تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهي يدل على ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهي ولا شك ان الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها وكانت داخلة تحت النص المذكور لا محالة فيكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرفناه في علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بان يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوة النفس الى مسها في تلك الصورة قلت ان لم تتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل في تلك الصورة فمساسها ذلك في كل حال والظاهر ان المراد بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم ان لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا امن على نفسه وعليها تأمل تفهم قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها قال بعض المتأخرين اشتراط امنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه انتهى اقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية او بالتجربة في نظائره فجاز اشتراط امنه عليها ايضا بناء على ذلك قوله فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها قال بعض المتأخرين تخصيص عدم امنه بكونه عليها غير ظاهر ايضا فان جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى اقول الضمير في عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم تحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه اولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة قال بعض المتأخرين قد ينور ذلك بأن يأخذ النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالي ههنا اشكال وهو ان شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب ان يشهد بالمال فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء اصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة وتعلق الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من ان هذا يعني كون الستر افضل يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به واما اذا وصل

ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

وصل الحال الى اشاعة والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر فيجب كون الشهادة به اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخففا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى اقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما عداها فان الستر فيه افضل بلا شبهة مع ان النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك ايضا فيبقى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم ومنه ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم اقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة غليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن الهتك فمن اراد ان ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص حسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين اي من كل وجه ولا على ان لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى افضل منها الا يرى ان من اراد ان يتزوج امراة فلا باس له بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها بناء على ان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سياتي في الكتاب مع ان الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان فوق تلك السنة ما هو افضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره **قوله** وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم اقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه في صدر الفصل **قوله** وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي قال صاحب النهاية وابو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين احدهما ما ذكرنا من تعليل ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم ان لو يقول بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني ان الشافعي علل في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها احد حدي العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وهذا ينصص منه على ان السرة ليست بعورة ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء انتهى اقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية احد ذينك الوجهين واجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر اصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه

وابدى الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام الركبة من العورة وابو هريرة (؟) ما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

فبقي الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فاقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال ان في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي احديها ان السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المص ههنا وفي كتاب الصلوة ايضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية بالتين الاخيرتين وقال للاولى منهما وهذا اصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فجاز ان يكون تعليل الشافعي في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا يكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع ابي عصمة في قوله الاخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي اشتراكه معه في تعليله بقوله انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور اصلا تامل تقف **قوله** وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة هذا جواب عن قول ابي عصمة والشافعي اخرجه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت امشي مع الحسن بن علي رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفي معجم الطبراني خلاف هذا حدثنا ابو مسلم الكشي حدثنا ابو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق ان ابا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فلكن لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى اقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في معجمه حيث حسب ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه نفي المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعني ان وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه ايضا كلامه التسلمي يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو ان لا يكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها اولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت ان السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له ادنى تميز ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المتعارف في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الاخر وفعله او ترك العاطف والسلوك مسلك الاستيناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه لشهر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين **قوله** وما يباح للرجل النظر من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجال والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة

اقول لقائل ان يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر ان وجه الاجنبية وكفيها ليست بعورة حيث يجوز للرجل ان ينظر اليها اذا امن الشهوة ولكن لا يجوز له ان يمسها وان امن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن ان يقال المراد انهما سواء ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في اعضاء المرأة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة فما ذكر ههنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما تدبر قوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه منه اذا امنت الشهوة قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة ان تنظر منه الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه اقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذ الظاهر ان المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة اعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبتيه فانه الصالح لما يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك ان هذا الذي ذكر ههنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل ان يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على ان المص لما لم يستوف بعد اقسام ذلك القسم الاول بل ادخل في خلالها الاقسام الثلثة الاخر من اصل التقسيم كما ستحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهدته الآن بيان ما بقي منه فبهذا الاعتبار جاز ان يعبر الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتاخرين طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثاني كان اولى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يخفى على ذي مسكة ان المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من افراده وان كان غير معين فالاولى ان يعرف الرجل في الموضعين معا لتعريف الجنس لا ان ينكر الثاني والا الاول تامل تفهم قوله وينظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل قال صاحب العناية هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم اقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على احد من اولي النهى ولا ادري كيف خفي على مثل ذلك والعجب انه قد ابتلي بمثله فيما مر كما عرفته ونبهت عليه ولعل حكمة الله في هذا الفصل ما وقع منه ومن سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو اشد تسامحا منه قوله وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها كذا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى اقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مختل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز ان ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد منه ههنا بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو ان لا ينظر الى ظهرها وبطنها ايضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث ابي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله من اناء واحد وكنت اقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رض فقال بعد ان ذكر الاستدلال به كذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم من اغتسالهما معا بل يجوز ان يكون متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن

قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

سلمنا فلا يدل ذلك على ان كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم ار منه انتهى اقول ليس كلي من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح اما الاول فلان قولها رضي الله عنها فكنت اقول ابق لي ابق لي وهو يقول ابق لي ابق لي يدل قطعا على ان يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب بقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالطلبة وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر واما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل واحد منهما بحيث يرى صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليهما مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان المحرمة ثم ان مجرد جواز النظر لها الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منها تأدبا على ما يقتضي مكارم الاخلاق فلا تنافي بين حديثي عائشة اصلا **قوله** وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها اقول كان الانسب ان لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز ان ينظر الرجل من الرجل مطلقا اي وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة الى الركبة حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك انتهى وظهر منه ايضا ان ذكر الجنب احق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب ان يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه ايضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السرة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها اخف منه في حرمة النظر واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسرة ايضا دلالة بالاولوية لكونهما اقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال واصل التركيب ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما يجيء وجعل المحرم ههنا مصدرا اسميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما يجيء فتأمل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لو كان اصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات فحذفت الرحم واضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بسبب الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لان يكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب اذ النكتة في العبارة لا يصلح ان تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين ان يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين ان تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى واما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا اسميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما يجيء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما يجيء في حيز المنع اما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة ايضا وقال في البدائع النسائي هذا الباب

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة

سبعة انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم ونوع المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور ثمة في هو النوع متعددة انما يصلح منه ان يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لاغير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل ان ينظر من امه وابنته واخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات واولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها وصدرها وراسها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى ان تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية نحو زوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن واولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المراة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن ايضا ان المحرم المذكور في قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام اي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه واما الثاني فلانه انما لا يلايمه تفسيره بما سيجئ لو كان مراد المصنف بما سيجئ تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه واما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام الماخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملائمة كما لا يخفى والظاهر ان مراد المصنف هو الثاني ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال واما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت او بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه انه اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده يجوز ان يكون اصله ذوات الرحم المحارم على ان يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز ان يكون معناه ذوات الحرمات على ان يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة واما اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب او سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على التاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى موضع الزينة ولا تدل على عدم ما لم يجز وانما يدل عليه آية اخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم كما افصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها العموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غير البصر عما وراءها مامورا به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى انتهى او آية الظهار كما اشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك

ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب او كان بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها

والوجه فيه ان الله تعالى سمى الظهار في كتابه لمنكرا من القول وزورا وصورة الظهار ان يقول الرجل لامرأته انت كظهر امي ولولا ان ظهر المحرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتامل **قوله** ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج قال بعض المتاخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا ان قوله يدخل على البعض من غير استيذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير انه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استيذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه اقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ان العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استيذان لا انه امر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في امر الدخول في بيت الغير فانه قال واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استيذان ايضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل واليسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه ان الدخول في بيت الاجنبي من غير استيذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استيذان مكروه ويكفي في التأدي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استيذان وان كان ذلك مما لا يسمح في حكم الشرع اذ الحرج مدفوع شرعا فلا اشكال **قوله** والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه يعني بالمعنيين فيه الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستيذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستيذان ولهذا القطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما اقول ليس الجواب بتام اما اولا فلانه ان قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف ايضا في رواية اخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قال المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى واما قوله واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع وتاييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستيذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود احد ذينك المعنيين فيه يتوقف على ان يكون له الدخول من غير حشمة واستيذان كما حققه ومعنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب ان يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال

ولقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها
ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا أمنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك
اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه
من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر
رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله
انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة
فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا
رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر
والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهي وتجامع مثلها فهي كالبالغة
لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق

واما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فكمين حكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
وروي ان افلح اراد ان يدخل على عائشة رضي الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج فانه عمك ضعتك
امرأة اخيه انتهى قال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمة بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما
بقوله فجعله نسبا وصهرا قوله ولقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما اقول لقائل
ان يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس باجلى من اصل المسئلة لجواز ان يكون المراد اذا لم يكن زوجا فمع هذا الاحتمال كيف يثبت المدعى ولئن
سلم كون المراد ذلك فجواز ان يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا قوله
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله قال الشارح العيني ههنا ايرادان على
المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وانما اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا اشياط بن محمد بن فضل عن مطرف عن
رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله واخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة وذكره في كتاب الحج
الثاني انه لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثلة لا يدل على ان نظر الخصي الى الاجنبية كالفحل الى هنا كلامه اقول كل من ايراديه ساقط اما الاول فلان حاصله عدم
ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد او بطريق الارسال وقد روي ذلك
عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب اصحابنا بطريق الارسال وتقرر في علم الاصول ان مرسل الصحابي مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثاني
والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون ان يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا انه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق
حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض اصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رضي الله عنها ان كان من
مراسيل القرن الثاني او الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو ايضا مقبول على القول
المختار من اصحابنا واما الثاني فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة رضي الله عنها كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات فدلالة اثر عائشة
رضي الله عنها على المدعى اظهر من ان يخفى ثم اقول ولكن بقي شيء وهو انه قد ذكر في اصول الفقه ان قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا
اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لانه لا وجه له الا السماع او الكذب والثاني منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان
القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر ان ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس
على ما تقرر في كتب الاصول حيث قالوا ولانه فحل مجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة رضي الله عنها المذكور ههنا فيلزم ان لا يوجب التقليد فكيف
يتم الاستدلال به قوله وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل قال بعض المتاخرين ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها اي يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير
المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى اقول الصواب ما فعله العيني لانه لو كان معنى ينزل ههنا يفعل الانزال كان هذا
الفعل المتعدي بمنزلة اللازم المقصود الى نفس الفعل كما في نحو فلان يعطي اي يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح

والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

وغيره نوية في ذلك المعنى لا يصح ههنا اذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال اذ لا ن ... التحقق بانزال البول ونحوه وليس ذلك بعلة حرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالمني حتى يتم المطلوب قوله والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه اي يؤخذ في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء اي في المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء على سبيل الاستخدام انتهى اقول الحق ما قاله تاج الشريعة اما اولا فلانه يصح ان يوجد في كل واحد من الاصناف الثلاثة المارة اعني الخصي والمجبوب والمخنث بحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا والمقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر اقوى مما ذكره اولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى واما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في حيزها مجملا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو اريد بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها اصلا كما لا يخفى على ذي فطنة قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال صاحب النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال اراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك ان المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا وعند الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم اما وروده فلانه لم يستعمل احد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة واراد به سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير واما ان تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ما وقع لمعان انتهى اقول كلا وجهيه ليس بشيء اما الاول فلانه لا شك ان العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على احد منهما والا لما كان علما لكل احد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا السعيدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق واما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وقع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان اراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك ايضا بلا ريب

ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح فصل في الاستبراء وغيره

وان اراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد اى شئ كان ذلك المتعدد والموضوع له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لايتناوله ستيان بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الا ما يوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اما اولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث ايضا بقوله تعالى وقل للمومنات يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ما ذكره ان لا تدخل الاما في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمومنات يغضضن من ابصارهن مع ان دخول الاما فيه مجمع عليه واما ثانيا فلان اللازم من كون المذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم دخولهم في جانب الغاضين من ابصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل المذكور من المماليك في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين اصلا وانما يلزم ان يكون احدى الآيتين مبينة لما في الآية من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن على تقدير ان لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو عندنا ههنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن او ابائهن او اباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينات للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من رزق النظر وحقق قوله ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح يعني قوله واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقصان فيه ولا يجوز البخس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال الا يرى ان من الرجال من لا الة له وهو يجامع امراة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على ان حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ايضا انتهى واورد عليه بعض المتأخرين بعد نقله حيث قال اقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لما فيه انتهى اقول ليس هذا بشئ لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي ان لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك ان حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الا يرى ان للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين ان الوجه في ان لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا الة له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره

قال الشارح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطئ مقيد والمقيد غير المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت ان الاحتراز عن الوطئ المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة او الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطئ ثانيا انتهى اقول لا للسوال شئ ولا للجواب اما الاول فلانهم ما قالوا ان الاحتراز عن الوطئ المقيد بعد الاحتراز عن الوطئ المطلق حتى يتوجه السوال

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب فى المسئلة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص

بابن الاحتراز عن الوطى المطلق فيما سبق بل مرادهم ان الوطى المقيد نفسه بعد الوطى المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطى المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطى المطلق وكيف يتوهم ان يكون مرادهم ان الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فاما يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق واما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق فى ضمنه فيصح ان يقال الوطى المقيد بعد الوطى المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية واما الثانى فلان بناءه على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وايضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطى لان النهى عن المس اذا كان نهيا عن الوطى كان العنوان بالمس عنوانا بالوطى ايضا فكان ينبغى ان لا يعنون الفصل السابق بالوطى استقلالا كما لم يذكر فيه النهى عن الوطى استقلالا ثم اقول الظاهر ان مرادهم بالوطى المطلق المذكور فيما تقدم ما فى مسالة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل ان يطأ الرجل فاذا قرب الانزال اخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطى المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطى فى الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفى العزل مطلق عنه وان المراد بالوطى المذكور فى عنوان الفصل السابق ايضا ما فى ضمن تلك المسالة كما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل **قوله** ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها اقول فى اطلاق هذه المسالة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه او كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد ان اشتراها ذلك المشترى وقبضها او كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد ان اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شئ من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا فى حيلة الاستبراء مع ان كلا من هاتيك الصور داخلة فى اطلاق هذه المسالة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور **قوله** لانه هو الموجود فى مورد النص قال بعض الفضلاء فى الحصر كلام فان الشبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر ان التملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يشترى صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك اح انتهى اقول كلامه ساقط اذ لا شك ان مراد المص حصر ما يصلح للسببية فى مورد النص فى استحداث الملك واليد فالمعنى لانه اى استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية فى مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما يقتضى ان يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبى كما لا يخفى على من تامل فى تقرير المص فى بيان الحكمة فيه وبيان علة الحقيقة وما يكون دليلا عليهما على ان تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبى فى السببية باوضح الوجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها فى العلة لانه لو اعتبر ذلك لسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة وهذا هو المؤثر كما ذكر فى الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر ان المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يشترى صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ممنوع ايضا فان علة الاستبراء الى ارادة الوطى والمشترى هو الذى يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشترى لا على البائع كما سياتى فى الكتاب فمن اين كان استبراء المتملك قبل مباشرته السبب ظاهر ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلمين صيانة مائه فذلك لا ينافى وجوب الاستبراء على المتملك بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فان مجرد توهمه كاف فى وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه

في الكتاب قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليهم انهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من مائين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف نبوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو ان لا يتبين ان الولد من اي ماء انعلق يرشد اليه قول المص والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطيها قبل ان تتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري انه منه او من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط المائين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين في المقامين قوله وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه ومن هذا قد اختلفت الناظرون فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى اقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاع ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر في حقيقة الشغل بماء محترم ايضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على انه لم يذكر ما يصح حمل هو وان يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك ان توهم الشغل بماء محترم ليس نفس ان يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع ان وان قياس انتهى اقول فيه ايضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن ان يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطي نظرا الى علته وللتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما تدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد ان استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل اقول في هذا المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مذكور قبله بلا فصل والمعنى وهو اي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة من قبل في ملك الغير نكاحا او يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطيها لانه اخرج الكلام مخرج اوضاع الشرع لان وضع الشرع ان لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم بان لا يكون من بغي وقال انما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحاملة من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتاخرين في توجيه التقييد بماء محترم مسلكا اخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء فلذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطيها لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله للشغل المحتمل على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماءه زرع غيره كما مر في

غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

كتاب النكاح الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطيها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطى الجارية المزنية للتملك بلا استبراء كيف والذى سبق فى كتاب النكاح هو انه اذا راى امراة تزنى فتزوجها حل له ان يطاها عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما فى الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه انه لا خلاف فى وجوب الاستبراء فى الشراء مطلقا فانما الخلاف فى الاستبراء فى نكاح المزنية والكلام ههنا فى الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب اصلا والثانى ان قوله فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطى بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء فى باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف فى كل جارية مملوكة وان كان مراده انه اذا جاز وطيها بلا استبراء فى صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى فى تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله فى دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل الماء يتم ان لو كان الاحتراز فى قول المص بماء محترم قيد التوهم الشغل فقط لا المجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المص ان يكون قيد المجموع وقد افصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال فى شرح قول المص وهو ان يكون الولد ثابت النسب وهو اى احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة او توهما ان يكون الولد الحاصل عنه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيد المجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها ايضا والرابع ان قوله على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماءه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم

جواز وطيها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى قوله غير ان الارادة امر مبطن فيه ان الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى قال صاحب العناية فى بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطى ودواعيه وقال ولعل الاولى ان يقول فان الظاهر ان المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن التمكن الشرعى انتهى اقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام اما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطى ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطى والمنع من الشئ انما يكون عند القدرة عليه الا يرى انه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة فى بيان ان الاستبراء يجب على المشترى لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطى والنهى انما يستقيم عند تمكن الوطى والتمكن للمشترى لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى واما الثانى فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعى والظاهر ان التمكن الشرعى مما هو محرم شرعا غير متصور والوطى قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك ان علة الاستبراء متحرمة عليه فلا بد ان يكون دليلها ايضا متقدما عليه والمفروض انه هو التمكن من الوطى فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبعى لزم ان يتمكن من المحرم الشرعى

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل بدعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاذن في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي

تمكنا شرعيا وهو ظاهر الحنفية فتامل قوله وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية واجاب حيث قال يرد عليه ان الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المنضبطة فاذا كانت الامة بكرا او مشتراة ممن لا يثبت نسب ولده منه ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب انه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فان السبايا لا تخلو من ان تكون فيها بكر او مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تأيد ذلك الاجماع الى هنا كلامه واجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشتراة ممن لا يثبت نسب ولده منه اما في الاول فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة واما في الثانية فلما ذكر في الكافي من ان المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المنضبطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على ان وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكمة لتلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان الحكم فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء في طلبه لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يندفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه بقوله فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب هذا فان ماله الاعتراف بعدم صلاحية ما عده اساطين الفقهاء حكمة في هذه المسألة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم اقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو ان قوله فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فانى تيسر اثبات الحكم في سائر اسباب الملك بطريق القياس فالوجه ان يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير بشرط القياس كما عرف موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع

بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها
تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح **قال**
ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع
لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها

في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران تصاعدا اعتبرت الى لفظ العناية اقول في قوله فلما كان عليها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لا تنافي اعتبارها ولا يضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل من احد ان العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة اولى والظاهر ان الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام او لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك ان كلمة او تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما يجيء في الكتاب هذا وقد اول بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون اللاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى ان كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير ظاهر انتهى اقول ليس هذا بمستقيم اما اولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغير كما عرف في علم الاصول والاستثناء بانها يجوز ان تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغير في هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد اداب المناظرة واما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر ان حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس فتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما تيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد اشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات اخرى واهية يطول ذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها رومًا للاختصار **قوله** بخلاف المشتراة على ما بينا قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني اقول هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحد منهما اصدق الرغبات فكيف يصح ان يشير المص في بيان الخلاف بينهما الى لا فرق بينهما فيه اصلا وانما الصواب ان قوله على ما بينا اشارة الى قوله او لاحتمال وقوعها في غير الملك اعني اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها تحتمل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي **قوله** والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى اقول قد انتهى الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المص فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع ان لفظه الا ولا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة لعمري ان هذا كان اظهر من ان يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فانه خير حافظ **قوله** والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها قال بعض المتأخرين

ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها او يقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطى الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

اطلق المسألة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسألة اذا اراد ان يشتري الجارية تزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم تكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه تحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى ههنا كلام ذلك البعض اقول فيه خلل اما اولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسألة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه وليس بتام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المشائخ ومختار نفسه واما عامة المشائخ فلم يشترطوا في هذه المسألة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة اخرى وهي ان يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمص قد اختار قول هؤلاء فلذلك اطلق المسألة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه تحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد ان لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي سلك طريقة المص لم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسألة بصورة تخصيص السلم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسألة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا انه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل الموجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء سبب الملك وحل الوطى حكمه وحكم الشيء يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء لتقدم التسليم اولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاط اصلا فتامل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض اقول ما اورده في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان اراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان اراد به انه يتعقبه ذاتا اي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه ان يكون

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ماعداه لانها القصور
ممتد بها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان
فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك
او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين و
لا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي
بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احدهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا
قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا

زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزم تاخر حكم الشئ عن الشئ زمانا مشروع ولزوم تاخره عنه ذاتا مما ضرورة كون حكم الشئ متفرعا عليه ولكن
لا يلزم من خلو زمان عن الحل مطلقا فيما نحن فيه حتى يجب الاستبراء قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال صاحب النهاية اى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة
ايام في كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية اى قريب شطر عمرها و
هو الثلث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال
الشافعي علينا بالحديث ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى اقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا وهو قوله عليه السلام في نقصان
دين المراة تقعد احديهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله ان المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان اكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشارح هناك
حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس لا تحيض في شئ من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر واذا قدر
بالعشرة بهذه الاثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما اشار اليه صاحب النهاية ههنا ونص عليه الجوهري في صحاح واكثر كتب اللغة
لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلال به علينا اصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة
عمر المراة لها كما بينوا بل لا بد وان يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا ايضا
فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتقدمين قال في هذا المقام وشطر الشئ نصفه وبعضه والمراد به ههنا هو الثاني دون
الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا اول بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة ايام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم
ان الشطر لا يجئ الا بمعنى النصف انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان مجئ الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف
الشئ وجزؤه ومنه حديث الاستبراء فوضع شطرها اى بعضها انتهى ولكن ذاك ليس بقطعي في ان يكون الشطر حقيقة في معنى البعض ايضا فان اكثر
كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض ايضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض
في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي ايضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها او في قريب من نصف
عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المص ههنا على النصف واوله بالقريب
من النصف ليوافق مذهبنا في اكثر مدة الحيض قوله واصل هذا ان الجمع بين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع والممكن هنا بان يحمل قوله وان
تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم ههنا
ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع
انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان
يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطيا بملك اليمين ايضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه ايضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس

وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا اوغيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احدهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احدهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال يكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه

بتام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر ان افادة عموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطئا بالعبارة ولا اقل من ان تكون بالاشارة فيلزم ان يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطئا على مقتضى قاعدة الاصول واما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا تمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر ايضا في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متاخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتامل قوله وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره قال صاحب الغاية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة اما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح فان شيئا من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على ان نفس التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المص بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله او يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله او نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غير ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى اقول هذا كلام عجيب اذ لا شك ان مراد صاحب العناية ان كلمة كذا ههنا زائدة اي مستدركة لا انها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم اقول يمكن توجيه عبارة المص بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو ان مراد المص وكذا اي وككون اعتاق البعض من احدهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق اي كاعتاق الكل فح يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها هو التشبيه ايضا بما قبله فكانه قال وايضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطي بذلك كله فتدبر قوله ورهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه اقول كان الظاهر في التعليل هنا ان يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطي فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي ان لا تحل له الاخرى الا يرى انها لا تخرج عن ملكه بالكتابة ايضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح هنا ايضا فيما قبل مع انه اذا كانت احدهما تحل له الاخرى كما مر آنفا

وكذا ما روى ان النبى عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف فى المعانقة فى ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

وحمل الملك فى قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطى كما فعله بعض المتاخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل فى اللغة والعرف حل الوطى لا ملك الوطى وانما يقال ملك اليمين او ملك النكاح قوله وكذا ما روى انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل قال فى غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال فى ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكامع المرأة قبلها وقال فى القاموس نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما الى ههنا لفظ غاية البيان وقال العينى بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع احد غيره الا والغالب انه يعانقه انتهى اقول ليس هذا بشئ لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه ان تكون المكامعة هى المعانقة فى الغالب وانما الذى يلزم ان تتلازم المكامعة والمعانقة فى الغالب ولا شك ان احد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احدهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لا وجدت بدون المعانقة وان كان فى غير الغالب كانت المعانقة اخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التى هى المضاجعة بالمعانقة على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو فى تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتاخرين وفسرها المص بالمعانقة مع ان المكامعة هى المضاجعة فى ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء على ان الكلام فى المعانقة والظاهر ان ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على ان المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة فى القاموس كامعه ضاجعه فى ثوب واحد الى ههنا كلام ذلك البعض فى شرحه وقال فى الحاشية فيه رد على صاحب الغاية اقول كل من مقدمات كلامه مجروح اما قوله بناء على ان الكلام فى المعانقة تعليلا لتفسير المص المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام فى المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه واما قوله والظاهر ان ما نهى عن المضاجعة عن ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم ينقل احد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة فى الحديث بل اطلقوها قال الزمخشرى فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما انتهى وقال الجوهرى فى الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التى نهى عنها فى الحديث ان يضاجع الرجل الرجل لا ستر بينهما انتهى وقال المطرزى فى المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه فى ثوب واحد لا ستر بينهما هذا هو المراد بهما فى الحديث عن ابى عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وكذا حكاه الازهرى والجوهرى انتهى واما قوله لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع ايضا اذ لا شك ان شناعة المضاجعة الرجل الرجل فى ثوب واحد لا ستر بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو فى غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة فى نفس المضاجعة واما قوله على ان المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما فى القاموس فليس بمفيد اصلا لانها وان كانت هى المضاجعة المخصوصة الا ان معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له فى التحقيق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر فى بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن اين يحصل الرد عليه الغاية

فصل في البيع قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة **قال** ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان والله المستعان

فصل في البيع قال الشراح اخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم انتهى اقول كان المناسب لسياق كلامهم ان يقولوا وما كان متصلا كان احق بالتقديم الا انهم قالوا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تاخير هذا الفصل وجه تاخير الفصول السابقة بعضها عن بعض ايضا لان ما هو المتقدم منها اكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتاخر كما يظهر بالتأمل الصادق **قوله** وهذا اذا كان ثقة قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته ولوجاهته انتهى واقتفى اثره العيني وقد سبقهما الى ماخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على اي وصف كان يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب بمروته انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على اي وصف كان نعم قد بينه بقوله وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على اي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات كلامه ههنا تفصيل لما اجمله فيما قبل ولا بعد في ان يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال واما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة ان يكون من يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور ان يكون اكبر رأي السامع انه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على عدم لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض في الجواب المذكور جواز كون الفاسق ايضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه اعم من العدل لا اشكان في عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب ان مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل لا تناقض بين ذلك وبين قوله على اي وصف كان اصلا كما تحققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال وهذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا نظر فيه فان كان اكبر رأيه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري انه ثقة او غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه ان المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون ان كل احد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل

وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان لكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي لأن إخباره حجة في حقه، وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء فإن كان عرفها للأول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني لأن يد الأول دليل ملكه وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقا لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي، وإن كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من حاجز. قال: ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق يعني بعد التحري فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج لأن القاطع طارئ ولا منازع، وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها، وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول، وكذا لو قالت جارية كنت أمة لفلان فأعتقني لأن القاطع طارئ، ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان

وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلا كان أو غير عدل صبيا كان أو بالغا حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لأنه لا يميل إلى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروته فلا منافاة بين اشتراط عدم العدالة كما دل عليه قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة لأن الثاني أعم من الأول ولو سلم فلا منافاة أيضا لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات فإن قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة إلا أن قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق إلى ههنا كلامه أقول فيه فساد من وجوه الأول أن قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المص وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثاني أن قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح لأن قول المص وهذا إذا كان ثقة إنما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة أن لو تم الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا كان غير ثقة ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث أن قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لأن معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم إلا أن يكون قوله ولو سلم ناظرا إلى قوله لأن الثاني أعم من الأول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة إلى آخره فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الأول فلا منافاة أيضا والرابع أن قوله لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لأن المص وغيره عللوا كونه في سعة من أن ابتياعها ووطئها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان فلو كان الأول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الأول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس أن قوله فإن قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات إذ لا شك أن قول المص وكذا إذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير إليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فإذا كان صريح معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول الواحد إذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة وقبول قول الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس أن اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما إذا كان غير ثقة أيضا ويكون قول المص وكذا إذا كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام بمعزل خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الألباب **قوله** وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر قلت تعليله بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا

وكذا إذا أخبرته بأنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال وإذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل الأخذ من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الأخذ منه قال ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولأنه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لأن النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحمه الله أنه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لأن ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا أما يأثم وإن قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة

عليه فقبل إذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه إن كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة إذا كان أكبر الرأي أنه صادق بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فإنه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو أن الظاهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن لا بد في قبول قوله إذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق وقد مر في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأي السامع أنه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لأن ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الإشكال فذكر إجمال ما ذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المص أنه إذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فإن خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضا بأكبر الرأي على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات بأكبر الرأي إذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى أقول جوابه ليس بشيء فإن أكبر الرأي لا يمكن أن يتحقق بدون التحري إذ التحري طلب ما هو أحرى الأمرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة ما لم يطلب ذلك لم يتوجه إليه كيف يتصور حصول أكبر الرأي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأي فيه وإنما اعتبار أكبر الرأي فيه اعتبار التحري بعينه وبين هذا وقع التعبير في بيان هذه المسألة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل أكبر الرأي حيث قال فيه وإن كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت إباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فإن وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه وإن وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريها منه وإن لم يكن له رأي يبقى ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى ثم أقول الإشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وإن هنا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الإسلام في موضع من كتابه أن إخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن تكون في المسألة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لأنه هو الحاسم لمادة الإشكال الفارق بين المعاملات والديانات إذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والآن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين المتنافيين في هذا الكتاب وغيره **قوله** لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين قال صاحب العناية يعني فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا يرى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين أي في كثير من الأحكام حتى يجب شيء كالتوجه إلى

قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رح يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الراي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية

جهة التحري ويحرم به شيء كالصلاة اذا توضأ بماء آخر بنجاسته خبر ثقة واكبر رايه انه صادق فجعل اكبر الراي دليلا شرعيا ايضا فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء قال في الحاشية ومن قال في تفسير قوله لقيامه مقام اليقين يعني فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء فقد سهى انتهى اقول نسبة السهو الى في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سالك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما اف فانه نهي عن الضرب ايضا بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شان الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه قال ايضا في الاصل في هذا المقام واكبر الراي يجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امراة فادخلها عليه النسوان واخبرته انها امراته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى انه ايضا مشي ما قاله صاحب العناية في كونه من مسلك الدلالة بالاولوية بل ذلك ماخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد رح فعلم بهذا ان فيما هو اعظم الامور وهو كالفروج والدماء جاز العمل باكبر الراي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى انتهى **قوله** لان القاطع طار والاخذ امر الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في انتقاض النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا اخبر واحد عدل بحل طعام فيوكل او حرمته فلا يوكل لان الحرمة لا تنافي الملك واما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا تثبت به الحرمة كما اذا اخبر عدل للزوجين انهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه اقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو ان خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على ان بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه انه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل واما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فبناء الاعتراض هنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لا بزواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد اقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة اصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جوابا شافيا فقد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى **قوله** وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس به لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال بعض المتاخرين فيه لانه يحتمل ان يستعمل في الفتنة احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لعدم هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى اقول ليس هذا الشرح بصحيح لان كون احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ممنوع كيف وامور المسلمين محمولة على السلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره فتعليل هذه المسئلة في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ان لم يكن احتمال ان لا يستعمله في الفتنة

ولهذا ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فينقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكّنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكّنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح

اقوى وارجح فلا اقل من ان يكون مساويا للاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال ان يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي ان يكون بيع السلاح من مثله في ايام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور اصلا قوله وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو المختار فيه فينقطع نسبته عنه اقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح في هذه المسئلة بمسائل متعددة كثيرة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شئ منها من واحد من ائمتنا منها انه اذا استاجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استاجرها ليصلي فيها وصلوة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه واي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة او معصية لا يجوز انتهى ومنها اذا استاجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا ليصلي فيه المكتوبة او النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا ان الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استاجر رجلا للاذان او للامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استاجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلوتهم طاعة عندهم معصية عندنا واي ذلك كان لم يجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى ان التعليل المذكور في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح في مسئلتنا يقتضي ان لا تبطل الاجارة في تلك المسائل ايضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليست بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فينقطع نسبته ذلك الفعل عن الموجر فينبغي ان تصح الاجارة فيها ايضا عنده مع ان الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا ان يجعل منفعة عين العقد لاجل الطاعة او المعصية تاثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه ايضا والحاصل ان الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتامل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استاجر الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا باس بذلك لان الاجارة وقعت على امر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب او ادخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شئ لان المسلم لم يواجرها انما اجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو اجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة او كنيسة او بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام واراد بهذا اذا استاجرها الذمي ليسكنها ثم اراد بعد ذلك ان يتخذ كنيسة او بيعة فيها فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز الى ههنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المص من التنافي اقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز ان يكون بناء قول شيخ الاسلام فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز على قول ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما ان لو قال لا يجوز عند ابي حنيفة او قال لا يجوز عندهم جميعا وليس فليس وذكر احد القولين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب المتون

قال ولا باس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء وقال ابو حنيفة رح لا يجوز لقوله عليه السلام الا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من اجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها سكن غيره ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان ياخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شئ على الآخذ والله اعلم

يذكرون قول ابي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بانه لا باس عند ابي حنيفة ان تواجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام ان يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المص صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند ابي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي بناء على ان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما ايضا من التنافي انتهى اقول كون كلام المص صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز ان يكون قول المص وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فان في المسئلة المذكورة صور الايجار البيت لان يتخذ فيه بيت نار والايجار لان يتخذ فيه كنيسة والايجار لان يتخذ فيه بيعة والايجار لان يباع فيه الخمر ولا شك ان اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذمي ايضا لكون الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز ان تكون الصور الثلث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المص وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن الموجر واما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامر هين فح لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المص على كون بيع الخمر ايضا معصية للذمي فلا خير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشائخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في اصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائع ام لا فيجوز ان يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المص على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها قوله وقالا لا باس ببيع ارضها وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان عقارها تقبل التمليك والتملك انتهى واصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى اسامة بن زيد انه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور وكان عقيل ورث ابا طالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من اجل ذلك يقول لا يرث المومن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على ان ارض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما تركه ابو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر ما في الكافي واصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي الا يرى الى صحة هذا الحديث ايضا لو كانت الاراضي والابنية عليها مملوكة انتهى اقول لا يخفى على من له ادنى تمييز ان الحديث المذكور يدل على ميراث الارض قطعا اذ قد ذكر فيه انه عليه الصلوة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك ان كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشتمل البناء والعرصة

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك رح يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية

التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع اودور ما ترك لنا شيئا من البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من ابي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض ايضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل لاحتمال احمالا ان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول اسامة يا رسول الله انزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل مبنيا باستيلائه على الابنية وحدها لا يقتضي عدم تركه ارضها ايضا حتى لا يمكن النزول في عرصة داره ايضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والعجب انه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في اصل كتابه ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ انه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع اودور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

مسائل متفرقة **قوله** ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلوة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه اقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلوة لا صريحا ولا التزاما بل انما ذكره في باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها من كتاب الصلوة في فصل اوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله **قوله** للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا قال تاج الشريعة في حل دلالة الآية على مدعى الشافعي رح خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على ان النهي عن الدخول خاص في حقه لان انما لحصر الحكم في الشئ او لحصر الشئ في الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب انتهى اقول ان قوله لان انما لحصر الحكم في الشئ او لحصر الشئ في الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف ان الكفار هل يجوز لهم ان يدخلوا المسجد الحرام ام لا لا في انهم نجس ام لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتاثير الحصر الذي تفيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب **قوله** ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد اقول لا يذهب عليك ان هذا الدليل لو تم لدل على ان لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي انه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى **قوله** ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد قال بعض المتاخرين ظاهره ان هذا دليل آخر ولا وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع ان يقال كيف انزله في مسجده ثم وقد وصفهم الله تعالى بكونهم انجاسا انتهى اقول ليس ذاك بشئ اذ لا شك في صحة ان يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد باس لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم يجب لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على اصل المدعى لا ينافي ان يتضمن الجواب عن ان يقال كيف انزل النبي عليه السلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى

قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح لانه مأثور عن النبي عليه السلام روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رح التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي أسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس

يكونهم نجسا كما حكي انه عليه السلام لما انزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم انجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من نجاسهم شئ وانما انجاسهم على انفسهم ومن عادة المص ان يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على اصل المسئلة افادة للفائدتين معا ونحن نجعل ايضا من ذلك القبيل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فاجاب المص عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الخ قوله ويكره استخدام الخصيان قال العيني والخصيان بالضم انما جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض المتاخرين اقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة ان جمع خصي هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى واما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من آئمة اللغة قط قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم قال بعض المتاخرين يرد عليه ان حدوث تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعليق فان صفة العز ثابت له تعالى ازلا وابدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما ان عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته او نقصانا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر الصفات لا مبادلها فالاولى في تقرير الدليل ان يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوهم عزه بالعرش وان عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا في حيز الايهام فتامل الى هنا كلامه اقول ان صاحب الكافي وان جعل كون لزوم عزه حادثا داخلا في حيز الايهام الا انه علل ايهام ان عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي ايضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق فيه بين ما قاله المص في ورود ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى في تقرير الدليل ان يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شئ يصلح لان يكون علة له سواه وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشائخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط واما بلفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذا تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره ايضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش حادث اذ التعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى الى غير ذلك من عبارات المشائخ العظام في هذا المقام ثم اقول في الجواب عما اورده ذلك البعض الظاهر ان ما هربوا عنه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد تقرر في علم اصول الدين ان ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون اصل الصفات ولا نقصان في ذلك اصلا بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هربوا عنه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو ان يكون ذلك المحدث

قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل وبالولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يؤذن به كلمة من في قوله بعقد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها في بادي الرأي ان تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك ان التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى اصلا وكيف لا يكون مراده من هذا او لاستحالة انهم لا ينبغي ان يخفى على اساطين الفقهاء ما تقرر في علم اصول الدين من جواز تعلق صفات الله تعالى بالمحدثات تعلق افاضة الا يرى ان المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالحدث تعلق استفادة منه فهو المهروب عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب قوله قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له قال في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكر في فخر الاسلام انتهى وقد اطبقت كلمة سائر الشراح ايضا على ان عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من ان الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها اب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير ان صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند انفسهم اقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكر في كتاب الهبة انما هو ان عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة او الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تامل ترشد وقال بعض المتاخرين وقوله لا اب له اي لا اب له معروف لا ان لا يكون ابوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه اهله في الطريق خوفا من العيلة او فرارا من التهمة فلا يكون له اب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب وهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار الى هنا كلامه اقول ليس هذا ايضا بصحيح فان مراده المنقول عما تقرر في كتاب اللقيط من انه اذا ادعاه مدع انه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز ان يظهر له اب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم اب فيتمشى ما ذكره صاحب النهاية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كان صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على ان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا اب له في مسئلة الكتاب على بيان الواقع بان يكون المراد لا اب له معروف لا ان لا يكون له اب في الحيات لانه ان كان المراد لا اب له معروف حين الالتقاط

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ؛

فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشان الامام الرباني محمد وذلك لهام وان كان المراد بالاب له معروف اصلا اي لا حين الالتقاط ولا بعده ولا يصح ان يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم ان لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له اب معروف بعد الالتقاط بان ادعى احد انه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما في المولود من امته فالحق عندي ان قوله لا اب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له اب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط ان يقبض الهبة او الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من ان زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك ان الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم ان لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده ويعوله كما لا يخفى فتبصر

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى اقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لان ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ههنا من المناسبة بين هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة او اللاحقة ولكن هذا المعنى على ذكر منك فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله الموات ما لا ينتفع** به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة وذلك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى اقول توجيهه الذي ذكره بقوله ولك ان تقول الخ ليس بتام فان قيد ان لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي ايضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات ايضا الارض التي لا مالك لها من الادميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب وكسحاب ما لا روح فيه وارض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي تكون تفسيرا بالاعم ايضا لا يقال اصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي او الشرعي فلم يكن قيد ان لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوي لانا نقول الظاهر المتبادر من ان يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا اضافة الى العرف او الشرع ان يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد ايضا في قوله في الصحاح والموات ايضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكرا ولا فلا شك ان ما لا روح فيه اعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاخص وهو ليس باقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر انه يشكل ايضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات ما لا ينتفع

ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها

من الارض تحديد لغوي وزيد عليه في الشرع اشياء اخر بيانها في قوله لتنا ما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تامل تقف **قوله** ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به اقول لقائل ان يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم ان لا يملك احد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك ان كل احد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من اسباب الملك من غير توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مخصص بما يحتاج فيه الى راي الامام وما ذكرنا من اسباب الملك لا يحتاج فيه الى راي الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى راي الامام اول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب **قوله** وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولاية ان ياذن للغازي بهذا القول وكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لا نصب شرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له الا ان ياذن الامام به فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك الحديث يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة رح مفسر لا يقبل التاويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به اولى قلت ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل والركاب كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد اما الاول فلان كون ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بما رويناه اولى لكونه مما لم يخص ان لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذي خص منه البعض به ظنيا كما عرف في علم الاصول واما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم اولوية العمل بما رويناه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول ايضا ولا شك ان تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو بدليل اخر مفصول عنه واما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيها الى راي الامام اول المسئلة لم يقل به الا مالك في الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدي الى المصادرة فان قيل انما يؤدي الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الى آخره قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلي لابي حنيفة مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في تمشية دليل النقلي فبالمصير الى ذلك الدليل العقلي ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه **قوله** ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز اقول في هذا التعليل شيء وهو انه سيجيء في الكتاب ان المسلم والذمي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتامل

والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه **قال** ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا **قال** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها **قال** ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا **قال** ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء **قال** فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب

قوله والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك قال في العناية ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له للامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه يملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام ههنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك انتهى اقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل واحد من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن تحقق وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في احد المقامين دون الآخر تحكم بحيث لم يسمع ذلك من ائمة الشرع **قوله** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المص اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للمتحجر حق بعد ثلث سنين نفى الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وليس بحجة كذا في العناية واورد عليه بعض الفضلاء واجاب حيث قال وانت خبير بان المص استدل على الترك ثلث سنين بهذا الطريق وجوابه ان ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى اقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلث سنين بالحديث بل بالاجماع كما قال المص وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلث سنين اذ هو المقتضي لاشتراط ترك ثلث سنين ومدار ما اورده على ان استدلال المص بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المذكور **قوله** لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود اقول لقائل ان يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى ان يأخذها الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير احق بالتصرف فيهما من الغير والامام لا يقدر ان يدفع مملوك احد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر ان يدفع غير مملوك اليد لذلك قلت فح يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله لان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثاني مع ان اسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى **قوله** لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم اليها حقيقة اي عند محمد رح او دلالة اي عند ابي يوسف رح وقال صاحب معراج الدراية بعد ذلك اراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول لم يصب هؤلاء الثلثة من الشراح في جعلهم مراد المص

لأن في أراضينا رخاوة فيتحول الماء إلى ما حفر دونها وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبي حنيفة أربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح ومن الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسافة **قال** وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه إلى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابتها وفي أراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول **قال** فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فإن احتفر آخر بئرا في حريم الأولى للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أن يأخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فإنه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إن كان بغير إذنه عندهما وكذا عند أبي حنيفة لأنه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه به وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث تصرف في ملك غيره

بقوله المزبور مجموع ما ذكر وفيما مر لقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية انتهى إذ يصير قوله على ما بيناه ح ناظرا إلى مجموع قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير المزبور ناظرا إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما أولا فلأنه كان ينبغي إذ ذاك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وأما ثانيا فلأنه يلزم ح أن تقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة إليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة إليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له **قوله** لأن في الأراضي رخوة فيتحول الماء إلى ما حفر دونها أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالفاء لأن سبب تحول الماء إلى ما حفر دونها إنما هو رخوة الأراضي لا غير إذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء إلى ما حفر دونها قطعا فلا بد من أداة التفريع ثم أقول لقائل أن يقول إن هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لأن قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله حريمها أربعون ذراعا ظاهر في كون الأربعين من كل الجوانب الأربعة على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح وقد تقرر في علم الأصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح أنه من كل جانب ويمكن الجواب بأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل فما لم يكن أربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي إلى الحرج ويرشدك إليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل جانب لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول كيلا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحول إليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فإن الأراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يجيء آخر فيحفر بئرا أخرى بقربه ويتحول ماء البئر الأولى إليه فتتعطل عليه منفعة بئره وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر **قوله** وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد بقوله ما روينا قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله من غير فصل أي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله حولها أربعون ذراعا وبقوله أولى عنده أي عند أبي حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رح ههنا منقوض بما إذا كانت البئر عينا فإن حريمها خمسمائة ذراع بالإجماع كما سيأتي مع أن ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وإن كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي أن يكون حريمها أيضا أربعين ذراعا عنده فليتأمل في الفرق **قوله** ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه يعني أن الحديثين اتفقا في الأربعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما وراء الأربعين تعارضا

[illegible]

لان العام تقييد والخاص بينه فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره اقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر واما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما يقتضي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا واذا سلم انه يقتضي ذلك بمنطوقه فانما يقتضيه بطريق الاشارة والخاص يقتضيه بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم ان لا يسقط الخاص بل وجب ان يعمل به ويترك القياس لظهور ان ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في احدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان احدهما على الآخر لما تم قول المص وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص واما في صورة التعارض مع رجحان احدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في اصول الفقه ثم اقول الظاهر في الجواب ان يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد **قوله** ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فتحققت الحاجة فيهما اقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالناضح فكيف يتم ان يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم ان يقال فاستوت الحاجة فيهما

قوله وقيل ان التقدير من البئر والعين بما ذكرناه في ارضهم لصلابة بها وفي ارضنا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول اقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأي اصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غيره فتصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع **قوله** وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره اقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على اصل ابي حنيفة فانه يجعل الحفر هناك تحجيرا للموات فمجرد التحجير لا يفيد الملك للاول ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على اصله ان يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالاولى في التعليل ان يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك ان الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام ان يأخذها من يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة ايضا على اصل ائمتنا الثلاثة جميعا **قوله** ولانه يشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة قال صاحب العناية وقوله صورة لاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء الطين انتهى وتبعه العيني اقول ليس هذا الشرح سديدا لان الاشارة

[illegible]

فصل فی مسائل الشرب

[illegible]

الی ما ذکره انما یتصور ان لو کان المراد باستوائهما فی قوله صورة لاستوائهما فی الارتفاع والانخفاض ای الاستواء المکانی ولا یذهب علی ذوی مسکة ان المراد بذلک انما هو الاستواء فی الحقیقة الارضیة کیف لا والاستواء بمعنی الاول قد یتحقق بین النهر والحریم ایضا کما لا یخفی فلو کان المراد ذلک لاختل التعلیل المذکور تبصر قوله وثمرة الاختلاف ان ولایة الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر قال بعض الفضلاء فیه بحث اذ لم یظهر کون ما ذکره ثمرة لما تقدم بل لا یبعد ان یدعی العکس انتهی اقول لا وجه لکلامه هذا اصلا فانه لما لم یکن لصاحب النهر حریم عنده بل کان طرفا النهر لصاحب الارض وکان لصاحب النهر حریم عندهما ظهر منه ان ولایة الغرس فی مقدار ذلک الحریم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شک ان ولایة الغرس فی موضع ان یستحق ذلک الموضع وهذا مما لا سترة به فکیف یخفی علی مثل ذلک القائل

فصول فی مسائل الشرب **فصل فی المیاه** لما فرغ من ذکر احیاء الموات ذکر ما یتعلق به من مسائل الشرب لان احیاء الموات یحتاج الیه وقدم فصل المیاه علی فصل الکری لان المقصود هو الماء کذا فی الشروح اقول یرد علی ظاهره ان یقال اذا کان الشرب مما یحتاج الیه احیاء الموات کان اللائق تقدیم مسائل الشرب علی مسائل احیاء الموات علی عکس ما فی الکتاب والجواب ان احیاء الموات لاصالته وکثرة فروعه کما یدل علیه ترجمة الکتاب به فی العنوان یستحق التقدیم لا محالة وانما مقصود الشراح ههنا بیان وجه تذییله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعلق بینهما من جهة احتیاج احدهما الی الآخر دون بیان الترتیب بینهما فلیتم المطلوب بما ذکروه **قوله** الا انه بقیت فیه شبهة الشرکة نظرا الی الدلیل وهو ما روینا حتی لو سرقه انسان فی موضع یعز وجوده وهو یساوی نصابا لم یقطع یده واعترض علیه بانه علی هذا ینبغی ان لا یقطع فی الاشیاء کلها لان قوله تعالی هو الذی خلق لکم ما فی الارض جمیعا یورث الشبهة بهذا الطریق واجیب بان العمل بالحدیث یوافق العمل بقوله تعالی هو الذی خلق لکم ما فی الارض جمیعا ولا یلزم منه ابطال الکتاب بخلاف قوله تعالی هو الذی خلق لکم ما فی الارض فان العمل به علی الاطلاق یبطل قوله تعالی الزانیة والزانی والسارق والسارقة وغیر ذلک فدل علی ان المراد غیر ما دل علیه النصوص کذا فی العنایة اقول فی هذا الجواب نظر لانه وان لم یلزم بالعمل بالحدیث المذکور علی الاطلاق ابطال دلیل شرعی آخر بانهم حکموا بان الماء المحرز فی الاوانی یصیر مملوکا بالاحراز وینقطع حق الغیر عنه وهذا حکم شرعی لا بد له من دلیل شرعی لا محالة فلو عملنا بالحدیث المذکور علی الاطلاق لزم ابطال ذلک الدلیل الشرعی الدال علی ان الماء المحرز فی الاوانی ملک خاص لمن احرزه لا شرکة فیه لغیره من الناس فدل علی ان المراد بالحدیث المذکور غیر ما دل علیه خصوص الدلیل الشرعی الدال علی ان الماء المحرز فی الاوانی ملک مخصوص لمحرزه کما قیل فی الآیة المذکورة فینبغی ان لا یورث شبهة فیما لو سرق انسان ماء محرزا فی الاوانی کما لا تورثها الآیة المذکورة فالحق فی الجواب عن ذلک الاعتراض ما ذکره تاج الشریعة حیث قال فان قلت فعلی هذا ینبغی ان لا یقطع السارق نظرا الی قوله تعالی خلق لکم ما فی الارض جمیعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضی انقسام الآحاد کما فی قوله تعالی حرمت علیکم امهاتکم وقوله تعالی واحل لکم ما وراء ذلکم ولا یجوز الزائد علی الاربع فکذا معنی الآیة والله اعلم خلق لکل واحد

فصل في كري الأنهار قال رضي الله عنه الأنهار ثلاثة نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب فإن لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم وأما الثاني فكريه على أهله لا على بيت المال لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري لأنه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفعة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه وله أن المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل إذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والأول أصح لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فإذا جاوز الكري أرضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكري شيء لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه**

مثلهم ما وقع في يده لاكل الاشياء وما نحن فيه اثبت الحديث الشركة للناس عاما انتهى

فصل في كري الانهار قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب منها لكنها لما كانت مؤنة الكري امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخر ذكره انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان المص لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في اثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الان شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول واما ثانيا فلان النهر العام ايضا لا يوجد بدون مؤنة الكري بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المص فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم ان النهر العام يوجد بدون مؤنة الكري على اهله لانه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المص فيما بعد واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا انها في الحقيقة على اهلها ايضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه المص لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم ان مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا ايضا اذ لا يلزم من ان يوجد النهر بدون مؤنة الكري مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكري امرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التاخير الذي ذكروه ههنا ثم اقول ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المص فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكري لان المقصود هو الماء انتهى فتأمل **قوله**

وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين المزيوسجي الى هنا كلامه واقتفى اثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانفاع في معنى النفع وهو ضد الضر ولم نسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء رجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه انفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكتاب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم ان تكون الهمزة ههنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز ان تكون للتعريض من باب ابعته فان باع متعد ولما قصدوا منه التعريض ادخلوا الهمزة عليه على قصد ان يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى ابعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه ان يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى اقول ليس هذا الشيء اذ ماله ايضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرح به ولو سلم ذلك لكان قياس ما في الكتاب على ارجعه بمعنى رجعه اولى واحسن من قياسه على اباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان
نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده
ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر
او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما
فيه من ابطال حق الباقين لكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا
تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد منهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل
موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته
وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم
فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء
باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم
النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه
ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق منه نهرا ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى

قوله وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح
فيه الدعوى قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها اقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع
ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك ان المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في
دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة الدعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون
الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم ان يتحقق المشروط بدون ان يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب ان يكون
وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على ان ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان
مصححا لدعوى غيره ايضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه
آخر للقياس مذكور ايضا في المبسوط ومنقول عنه ايضا في النهاية ومعراج الدراية وهو ان المدعي يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك
فيما يدعيه اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب
يدفع هذا الوجه ويصلح جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم اقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسألتنا هذه وان كان مذكورا
في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض الا انه منظور فيه عندي لانهم
ان ارادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ان الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى
شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان
نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا
لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب
معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان ارادوا بذلك ان الشرب قد يكون مجهولا
فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك ان المراد بصحة دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في مسألتنا هذه صحة دعوى الشرب
المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح اصلا نص عليه في الاصل ايضا فانه قال فيه وان شهدوا ان له شربا
ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدرى ان له شرب يوم من الشهر او من
السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى **قوله** فان لم يكن في يده قال في العناية والنهاية
يعني بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه او لم تكن اشجاره في طرفي النهر انتهى اقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن انه على تقدير ان
يكون مراد المص بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول اي بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم ان يلغو قوله ولم يكن جاريا او يكون

وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد الرجل ان يسوق شربه في ارضه اخرى ليس لها منه شرب لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب السفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من ارضه حتى غرقت ارض جاره او نزت لم يكن عليه ضمان لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

عدم الجريان ح مندرجا في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم يكن اشجاره في طرفي النهر فان كون اشجاره في طرفي النهر علامة ان يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة ان يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له او انه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز ان يكون مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المص فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على ان يكون قولهما بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وان يكون قولهما اولم يكن اشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع كون اللف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم ح كلمة او في قولهما او لم يكن اشجاره في طرفي النهر فانها لاحد الامرين فيلزم بان يكون معنى كلام المص فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا انتفت احدهما ووجدت اخريهما لا تجب عليه البينة ولهذا قال المص ولم يكن جاريا بكلمة او اشارة الى انتفائهما معا قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره ذكر المص في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ان الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة اقول ليس ذاك بشيء لان بناء كلاميه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهرزاده وما ذكره هناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوي وقد افصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى ارضه في نوبته ذكر الامام علي البزدوي ان غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل انه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل اتلف شرب رجل بان يسقي ارضه بشرب غيره قال الامام البزدوي ضمن وقال الامام خواهرزاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وافصح عنه صاحب الكافي ايضا ههنا حيث قال حتى لو اتلف شرب انسان بان يسقي ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام انه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء من ادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة او بدونها انتهى اقول حمل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله

سُمّي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها **قال** الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

اللفظة السابقة والصواب ان مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منهما يشتق من ذلك المصدر ولابد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا ايضا كذلك وهذا معنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ماذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما بال حل للامم السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل فلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور الموجود اجيب انا بان الشهادة بالخيرية لم تكن اوذاك واما التدريج النصارى لئلا ينفر من الاسلام كذا في ١٨١
العناية اقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر اما في وجه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا ان نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء كما لا يخفى على احد وهي كافية في الكراهة فلا يتم التقريب واما في وجه الثاني فلان نفرة العرب بالخمر اي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في اي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام ايضا فاذا حرم بعد ذلك لزم ان يتنفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وايضا احتمال كون الاعتياد بالخبيث باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ماذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل لم لا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا اباح الله تعالى في ابتداء الاسلام ليتبين الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرضوا منه الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى **قوله** سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهي اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه اي وهذا الكتاب في بيان حكمها اي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ماذكره ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها اي بيان حكم انواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان احكام انواعها كما في البيوع اولاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه مبحث عن افعال المكلفين فصرح ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان للافعال فلذلك عنون ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في اوائل القسم الثاني الى هنا كلامه اقول ليس التوجيه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان بمعنى محصل لانه ان اراد ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في اوائل القسم الثاني

قولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

ان اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال او مبني على حذف المضاف اي حرم اكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف واما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله الا ان كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره احد قط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال في كونها حقيقة ويستمد بذلك في توجيه مذهبه فلا مجال للقول بان الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال على كلا المذهبين وان اراد ان الحرمة ههنا وصف للاعيان مجاز الا للافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضي ان يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان اولى واحسن بلا ريب فكان الذي ينبغي ان يعنون بالفعل بان يقال كتاب شرب الاشربة حتى يرى كون الفقه باحثا عن افعال المكلفين بلا كلفة ان يقال ويعلم منه حال الافعال وبالجملة توجيه المذكور ليس بتام على كل حال **قوله** احدهما في بيان ماهيتها ووقع في بعض النسخ ماهيتها بدل مائيتها قال في غاية البيان الماهية بمعنى الماهية وهو ما به الشيء هو هو كماهية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة مائيتها ههنا ايهام لطيف لما في قوله وهو للنيء من ماء العنب تبصر تعقت **قوله** ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه اقول لما نع ان يمنع اطباق اهل اللغة على انه اسم خاص التي من ماء العنب اذا صار مسكرا الا يرى انه قال في قاموس اللغة الخمرة ما اسكر من عصير العنب او عام وقال والعموم اصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في ان الخمر عند بعض اهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وان العموم اصح عند صاحب القاموس **قوله** ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية قال صاحب غاية البيان بيانه ان النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين اهل العلم وادنى درجة الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى اقول في هذا البيان خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية واختلاف العلماء في شبهة ذلك خمرا وليس بسديد اذ المقصود بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات ان غير النيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسمية خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فاورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون

وانما سمي خمرا للتخمر لا للمخامرة العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رد

قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيّ من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى اقول وفيه ايضا خلل اما اولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيّ من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف ان يكون مراده باختلاف العلماء في غير النيّ من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان واما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لارتباطه بما قبله لان مدلول ما قبله ان غير النيّ من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه ان تكون حرمته ظنية فان اراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيّ من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان اراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك ان دليل حرمة الخمر قطعي كما افصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المص ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح ان يصرف تحريمها الا الى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النيّ ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد وفيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد وفيه الاجتهاد في تسمية خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل اراد به الاجتهاد في عدم حرمته كما اشار اليه المص فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثه بعد بيان انه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان انه حرام وقال شريك بن عبد الله انه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان انه حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيّ الا يرى انهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربوا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا مثلا ليس بقطعية انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيّ من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب ان الله تبارك وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما ثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيّ من ماء العنب تعين ان لا يكون غير النيّ خمرا اذ لا شك ان قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر ونظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربوا الخ لا يجدي شيئا لان علة الربوا عندنا الكيل مع الجنس او الجنس او الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا لا يوجد الربوا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع واما عند الشافعي فيوجد فيه الربوا لوجود علته فيحرم فتكون حرمة الربوا قطعية فيصير حجة على الشافعي هناك ايضا مثل ما قلنا ههنا فلا فائدة في التنظير اصلا قوله وانما سمي خمرا للتخمر لا لمخامرة العقل قال بعض الفضلاء ولك ان تقول هذا منع لا يضر انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم اولا ان هذا منع بل يجوز ان يكون معارضة يعني انما سمي خمرا للتخمر اي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النيّ من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تقرير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا اي لتشدده وقوته

والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم
وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد

فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث انتهى ولئن سلم ان ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله الا بضرر فان المقدر وبهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر بانه اذا امنع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليلا للخصم تحقيقا وهو حين النصر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المص هنا وقوله وانما سمي يعني غير التي من ماء العنب خمرا لتخمره اي لصيرورته مرا كالخمر المخامرة جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى اقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح اصلا اذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المص فيما بعد على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا ان نحمل كلمة غير في قوله يعني غير التي على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله اي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي ان يكون المشبه غير الخمر وهو غير التي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام ان يقال يعني انما سمي التي من ماء العنب خمرا لتخمره اي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل اي ليست التسمية لمخامرته العقل اي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير التي من ماء العنب ايضا فيكون خمرا فح ينتظم الارتباط بالسابق واللاحق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المص لتخمره اي لصيرورته خمرا اقول هذا التفسير خال عن التحصيل مود الى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التامل الصادق قوله فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه والظاهر ان مراد المص رح بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا انه علم خاص لشخص معين من افراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بمجرد غلبته وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اعتبر بلفظ المعروف في قول المص اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تامل ترشد قوله والثاني اريد به بيان الحكم قال في غاية البيان والعناية يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه السلام الائمة من قريش على ما تقرر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في تينك الشجرتين لزم ان لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند ابي حنيفة رح

لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء

ولابي يوسف انه لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجيء في الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذي اريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيتم الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا انها باجمالها لا تنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى اثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية **قوله** لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد اقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعى ههنا ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه ابو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما ثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وفي شرح الشارح الكاكي قول المص يشير الى ما هو الظهر في المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم هو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد اي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال بانها معلولة بالسكر كما ذكره المص فيما بعد بقوله ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل **قوله** ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع اقول لقائل ان يقول الكلام في هذا الموضع في حد ثبوت اسم الخمر لا في حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز ان يثبت اسم الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه كمالها فلا يتم التقريب ويمكن ان يقال الكلام ههنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع لا في حد ثبوته في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم ان يترتب عليها احكام الشرعية بلا تراخ فيتم التقريب تدبر **قوله** والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى اقول ليس هذا بشيء لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلا يفترقان في التحقق فالتعليل باحدهما يؤدي الى التعليل بالاخر ومجرد الفرق بينهما والمفهوم لا يجدي شيئا فيما ههنا كما لا يخفى كيف ولا شك ان مراد المص بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء ما اصلا لا انها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء اخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعا كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعا كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم **قوله** والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال الشارح وهي ما روي ابن عباس رض من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب قالوا لما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل ح يكون مخالفا للنص انتهى اقول لقائل ان يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمتها لعينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضا فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضا على ما مر من قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشا للشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى

والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النئ خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب ليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

منافي الحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرع غير ان تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم اقول الحق عندي ههنا ان تعليلها بالاسكار لا ينافي حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم ان يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه ان لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار واما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها فالظاهر انه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن اين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة **قوله** والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه اقول فيه شئ وهو ان الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا للنزاع والبحث عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة الا انه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى **قوله** والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع انه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال فلا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه ينتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى تامل **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام اقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين اظهر مما مر آنفا تدبر **قوله** واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ ادنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو تعريب باده وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شئ منهما بشئ اقول فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي النئ من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنئ قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فليس بخمر لا محالة ولهذا قال المص واما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله واما الخمر فكيف يتصور ان يكون الباذق تعريب باده بمعنى الخمر اللهم الا ان يكون ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من ان الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للنئ من ماء العنب اذا اسكر **قوله** والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا والدليل على هذا ان ابا الليث قد فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب

واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب

اقل من ثلثيه بالمنصف وايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهرزاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا انتهى اقول لعل الاوجه لا وجه له اصلا فضلا عن ان يكون اوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ ادنى طبخة يسمى باسمين احدهما الباذق والاخر المنصف وهذا يقتضي ان يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ ادنى طبخة مع ان تحرير المص ينافي ذلك اما اولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب اقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى واما ثانيا فلانه قال وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد الخ ولا يخفى ان لفظة كل تقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق ان قول المص والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة المسمى بالباذق والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل منهما حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اشتد على الاختلاف واما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصروها في الاربعة فعلى طرف التمام لان الاربعة التي حصروا الاشربة المحرمة فيها انما هي اصول الاشربة المحرمة واقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من احد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله ايضا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله والمنصف مرفوعا واما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى باحدهما غير المسمى بالاخر بل يقتضي معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دربة بقواعد العربية ثم اقول يمكن ان يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال ايضا بوجه اخر وهو ان الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة ايضا فلا نم انه لو كان منصوبا لقال ايضا قوله واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع الزبيب اي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما سيجيء انتهى اقول فيما قاله جمهور الشراح ايضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخة كما صرح في عامة المعتبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم
تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا
من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب
الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة ره خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف
ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف ره انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير
وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال
عند ابي حنيفة ره ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد ره انه حرام ويحد شاربه اذا
سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف ره يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة ره وقوله الاول مثل قول محمد ره ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض
ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة ره يعتبر حقيقة الشدة
على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف ره رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا
الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره
من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعند محمد والشافعي ره حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى

وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكر ههنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك
انه ليس بحلال عند ائمتنا اصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب **قوله** فهو حرام مكروه قال جماعة الشراح اردف الحرام بالكراهة اشارة الى
ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه
الاشارة الى ما ذكروه لاردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بارداف
بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر احق بذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلان المص صرح بان حرمة هذه الاشربة دون
حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فما الحاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا **قوله** وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا
وتدعون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المص والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف
يتصور ان يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما او الخمر وقد تقدم ما لم يوصف بالحرمة فاين السكر فليتأمل **قوله** الا ان حرمة
هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية اقول للقائل ان يقول من هذه الاشربة نقيع
التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول ان اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل
قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن ان يجاب عنه بان نقل الاجماع
قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول فيجوز ان يكون الاجماع
المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه **قوله** لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط
تقومها بخلاف الخمر اقول فيه نظر اما اولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء التصريح عن قريب بان هذه الاشربة
مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها واما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل
الا يرى ان خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم
الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي ان يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي ايضا اجتهادية لا قطعية
كما صرح به آنفا **قوله** ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة اقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به الا يرى
ان السرقين نجس العين فيحرم التناول قطعا مع انه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع
من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر منا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها
اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين اقول لا يذهب عليك ان حق هذه الرواية ان تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه

قال ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النئ منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء **قال** ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل

من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الخ مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى **قوله** ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر كان معروفا بالفقه والزهد بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره مما لا يشربه او يشرب مما كان حراما كذا في الكافي والشرح اقول ههنا كلام من وجهين احدهما ان تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا تترك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح ان يكون فعل ابن عمر وقوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي يشعر باسكار الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن ان يجاب عن الثاني بوجهين احدهما ما اشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت اهتدي الى اهلي على سبيل المبالغة في بيان التاثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد ان يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الاشربة فانها لو كانت حراما لما اقدم ابن عمر رض مع كمال زهده وفقهه على ان لا يسقيه اياها واما تاثيرها في الشارب بعد ان شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقرر اذ هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات والمشارب ان يحترز عنه مهما امكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو بالغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تامل تفهم **قوله** وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان اقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد ان لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي ان لا يشترط الطبخ فيه لاباحته الا يرى ان نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ في اباحته بلا اختلاف مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعو الى كثيره كيف ما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى **قوله** وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد اقول قد مرت هذه المسألة مرة اثناء بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها ههنا مرة اخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح انه يحد وما قبله توطئة له نعم يتجه ان لو ذكر ايضا هناك قوله قالوا والاصح انه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل قال صاحب النهاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر فلا جرم لا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب النهاية اولا ونقل ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل اقول يرد على الوجه الاول ان عدم دعاء

قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر

القليل الى الكثير جائز فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المص فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تاثير لدعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني انه لو كان مراد المص ما يستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين لقال المأية بناء كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن ان يكون مذكورا هناك فاني تيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان اخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تامل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة قوله قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل اقول تحرير المص ههنا لا يخلو عن ركاكة اذ الظاهر ان مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا اسكر انه هل يحد في ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمص الان بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا ان يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحد ان يقال فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما في اصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلا فيجوز ان يقول بوجوب الحد اذا اسكر منه وابا هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم انفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقهما ولهذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المص بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام باستيجاب الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى قوله وعنه انه كره ذلك اقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في اول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رح وقوله هنا وعنه انه كره ذلك بعد ان صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في اول الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر ايضا هناك فيجوز ان يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد ابي حنيفة وابي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشيء تستلزم ان يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ومن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلثة المحرمة عند ائمتنا اجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع ان اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر اصحاب الظواهر فتحقق ان الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على اصل محمد ويمكن ان يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام

ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته واللطافة الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل

عند محمد ان كل مكروه كراهة التحريم ليس بحرام اصلا عندهما بل الى الحرام اقرب واما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام اقرب عند احد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز ان يكون المراد بالكراهة في قول المص ههنا وفيه انه كره ذلك الكراهة التنزيهية وسيجيء مغائرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تامل **قوله** ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب قال في النهاية ولهما ايضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر ايضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى اقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلثة فان قليلها ايضا حرام عند ائمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي واكثر العلماء مع ان المعاني المذكورة في الآية المذكورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى **قوله** خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة اقول الظاهر ان مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على ان يكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو ان الاستدلال على مدعاهما ههنا بهذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي ايضا حل الاشربة المحرمة الثلثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على ان استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتامل **قوله** ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بالمتقدم لا بانفراده فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة انتهى اقول ان اراد بقوله والمجموع بهذه الصفة اذ كل واحد من اجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس لعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان اراد بذلك ان المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يتيح في مطلوبنا ههنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقي الكلام في ان اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع اولى ام الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادي الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى ان الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير علة اسما ايضا اي كما انه علة معنى وحكما فينتظم امر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول ليس هذا شيئ فضلا عن ان يكون اولى

لان المطبوخ ادنى طبخة اذا لم يذهب ثلثاه ... للطافة ويذهب منهم اقلها فيكون الذاهب ثلثى ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم عصر يكتفى بادنى طبخة فى رواية عن ابى حنيفة رح وفى رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لابد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب فى المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد فى شربه لان التحريم للاحتياط وهو فى الحد فى درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا بأس بالانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام فى حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهى عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابى يوسف رح يغسل ثلثا ويجفف فى كل مرة وهى مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابى يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشئ يطرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعى يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيه فله فى الخل الحاصل به قولان له ان فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل وكان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذى به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى الثانى فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذى نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا

اذ ليس الكلام ههنا فى اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا فى ان المفسد للعقل هو القدح المسكر اى المزيل للعقل سواء اطلق عليه لفظ المسكر حقيقة ام لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا فى ازالة العقل فينبغى ان يحرم ايضا لم يفد ان يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا فى دفع ذلك السؤال اصلا وانما تمشى ذلك فى الجواب عن استدلال الخصم بقوله عليه السلام كل مسكر خمر ومحله قول المص ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء ان يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة فاما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور ان يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك ان اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هى الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس ما وضعت قطعا ولو سلم ان يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تامل تقف قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه اقول فيه كلام وهو ان هذا التقرير يقتضى كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهى قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذى ينبغى ههنا ان يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا ان يحمل كلام المص ههنا على التنزل الى الزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه قال بعض الفضلاء وكان على المص ان يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى اقول توجيهه ليس بشئ لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما اسكر كثيره انما هى بطريق العبارة ودلالة ما رواه المص من قبل ابى حنيفة وابى يوسف على حل قليل ذلك انما هى بطريق الاشارة او الاقتضاء وقد تقرر فى كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان اراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهى المعارضة بدون الرجحان فى احد الجانبين فليس بصحيح وان اراد بها المعارضة مع الرجحان فى جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى قوله لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب قال الشراح اى على القطع والثبات وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى اقول مدار البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم اى على القطع والثبات تقييد المنفى فى قول المص فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب لا تقييد النفى فالمعنى ان ذهاب ثلثى ماء العنب على القطع والثبات لا يكون لان ذهاب ثلثى ماء العنب لا يكون على القطع والثبات وحاصله

[margin note:] وصوابه على الا توضع له ليس ما وضعت له قطعا بل بلغا فى نسخة

قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته النار ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثيه بما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كأن العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير

ان ذهابهما القطعي لم يثبت لان عدم ذهابهما قطعي فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والثبات بل احتمل ان يكون الذاهب اقل منهما بان يذهب الماء اولا لطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على ان الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في امثال هذا المقام اصل كثير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل **قوله** ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهى اقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالخليطين اظهر في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذ للقائل ان يقول يجوز ان يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المص ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع بالطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المص او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المص او من الناسخ الاول الا انه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم ان تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتفى فيهما بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى اثره العيني قلت ويؤيده ما ذكر في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب ادنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رح لا يحل وروى هشام في نوادره عن ابي حنيفة وابي يوسف انه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما لما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه **قوله** لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة اقول فيه شيء وهو ان وجه العصير تسعة دوارق على تقدير ان يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زبدا جعل كأن لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن اصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق

وان كان ثابت بيان معانقة الماء حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصير والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغليان ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

وعصير تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتقذف بالزبد فيجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي اخذ منه وذلك لان ما اخذ من الدورق زبد فيجعل كانه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا الى ههنا لفظه **قوله** وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

قلت فيه ايهام لطيف لكتابيه المسمى احدهما بكفاية المنتهى والآخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الا ان السرور في الاشربة المباحة اكثر لانه بامر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بامر خارجي فكان الاول اقوى وصار بالتقديم اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع انه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا النبذ قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على انهم صرحوا في اول كتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند اهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور واما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في اول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تاخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها **قوله** الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي باصل الخلقة ماكولا كان او غير ماكول كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهو ان يكون من اهل الزكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عمدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب منها ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد منها ان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه ان لا يكون من الحشرات ان لا يكون من بنات الماء سوى السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية ايضا وقال كذا في النهاية ناسبا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من تلك الشروط حيث قال قوله وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا انتهى اقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي اريد بقوله وان يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل اكله كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي اريد بقوله او يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل تعم

ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء
المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح
والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل** في الجوارح **قال** يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير
وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته

قبل ان يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد ان يصل المرسل الى ذبحه لم يحل اكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه ايضا ولا شك ان اشتراط ان يقتله
الكلب جميعا لا يغني عن اشتراط ان يموت الصيد بجرح الكلب قبل ان يصل المرسل الى ذبحه لجواز ان يقتله الكلب جرحا بعد ان يصل المرسل الى ذبحه
فح لا يحل اكله فلا بد من بيان الشرط الاخير ايضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في حاشيته ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط
الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يسم بهذا الكلب فذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى
اقول يمكن ان يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصائد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي
والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما ادركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل الصيد ملحقا بسائر ما ذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط
وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد اقول الظاهر
ان مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد للاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد
الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالي بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام
صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان
شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه الة مجيرة فتامل انتهى اقول لا يذهب عليك ان كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد و
عدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من انواع
الصيد وترك بيان شرائط سائر انواعه بلا ضرورة داعية اليه **قوله** ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة
فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة انتهى اقول لا نسلم ان مفهوم
الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض
بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم
على المفضول كذا في الشروح **قوله** وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير
فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته قال صاحب العناية انما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من
ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى اقول فيه
شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري ايضا
تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلم يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا ان يكون مراده
ان رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي ايضا واما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين

والنفي معا لكن لا يظهر في ايراد رواية الجامع الصغير كثير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا باس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا باس انتهى اقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول ان النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد اشار اليه المص بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به واما الاسد والذئب فليسا بداخلين راسا في النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى ان تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه اولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي اخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك واما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف اهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا شك ان مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر **قوله** والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى اقول نظره فاسد وجوابه كاسد اما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه ان مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون ان يتحقق امر مقتضي للمقارنة في الحكم ايضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف واما الثاني فلان للسائل ان يقول بما يلزم من ان لا يكون ما علمتم من الجوارح مقارنا لاحل لكم الطيبات ان لا يكون ذكره على ما ينبغي ولو كان ما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم ومن يقول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز ان يكون جواب ذلك قل احل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولافادة فائدة اخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى انتهى اقول في تفريع قوله فالحمل عليه اولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى ان تعيين معنى الآية او رجحان احد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه اولى

والجوارح الكواسب في تأويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم في الكل لما تلونا من النص وروينا من الحديث ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسك عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارح معلم بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة **قال** واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور **قوله** والجوارح الكواسب في تاويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي بعض قال صاحب العناية واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم اقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة ان ليس مقصود المص بيان صحة تاويل دون تاويل آخر اذ لا تنافي بين التاويلين كما سيجيء في الكتاب وايضا عموم حديث عدي لا ينافي التاويل الآخر وهو ان يكون الجوارح هي التي تجرح من الجارحة بل يوافقه ايضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تاويل دون آخر فالظاهر ان مراد المص بقوله دل عليه ما رويناه من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما رويناه من حديث عدي ويبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المص وهو انه لا يدل على جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل ما في المدعي ولا يخفى ان حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير ان يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف **قوله** لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال اقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه واما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال ايضا فليس بظاهر وانما يدل ان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية كما عرف ولان آية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس بوارد حيث قال فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى ههنا لفظه اقول ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المص فيما مر آنفا والظاهر ان المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم ان يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية والمراد في التعليل ايضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول كما ذكره في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما فيما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى ان يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلا جنسا واحدا وكان اكثر ما يستعمل منها في الصيد اعرف فامح ان في طبع غيره الالف ايضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل الكلب في حكم واحد في التعليم يعني ادير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتامل انتهى اقول ليس هذا ايضا بسديد اذ بعد ما تقرر ان الفهد والنمر مما لا يتاتى فيه الالف بل هما متوحشان كالبازي

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه
أخذ باليقين وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول وجوابه ما قلنا **قال** فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل والفرق ما بيناه
في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رحمه الله في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من
صيد لا يؤكل هذا الصيد لأنه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناه في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها
لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا
لهما هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول
بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا تنسى أصلها
فإذا أكل تبين أنه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث
حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه وهذا
من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي

لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد إذ يلزم
إذ ذاك أن يحمل على المتوحش ما يحمل على الألوف وهو غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الأول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتبرات
أن شمس الأئمة السرخسي قال نقلا عن شيخه شمس الأئمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه وعد منها أنه لا يتعلم
بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد
كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الأول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن مجرد احتمال
بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد إذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل **قوله** وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى
اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه أخذ باليقين وذلك لأن النص
إذا ورد فيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا
بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي
بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الإثبات
وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال فيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي
يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى
ما خلق الله في أرحامهن فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ إلى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بأن مراد المص من قوله يحمل على الجارح
الكاسب بنابه ومخلبه أنه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ بالمتيقن إذ يوجد
في المجموع كل واحد منهما فأي منهما أريد في النظم الشريف كان مأخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلا التأويلين يراد من لفظ
النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الإثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لم يحمله أن مراده هو الثاني قال في تفسير
قول المص فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين
كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة
في الكواسب أو مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح أخص من الكواسب فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه
ليس بسديد لأن كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال إذ لا شك أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم
الأعم وإلا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب أن اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان
أحدهما أخص من الآخر أم لا إلا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعا على تقدير
إرادتهما معا من لفظ واحد **قوله** وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي أقول في كلامه هذا ركاكة لأن ضميره هو في قوله وهو مؤيد إن كان

لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل فى حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثانى فلا يدل على جهله **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وكذا البازى والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون فى المذبوح لم يوكل فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة وابى يوسف رح انه يحل وهو قول الشافعى رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقى فيه من الحيوة مثل ما يبقى فى المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يوكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعى رح لانه اذا وقع فى يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حل لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابى حنيفة رح لا يوكل ايضا لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابى حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذى بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابى يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح

راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من اسلوب تحريره يرد عليه ان حديث عدى لا يفيد الفرق المذكور اصلا فانه انما يدل على ان لا يوكل ما اكل منه الكلب ولا يدل على ان لا يوكل ما اكل منه البازى وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان اكل منه الكلب والفهد لم يوكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدى ان يذكر عقيب قوله فان اكل منه الكلب او الفهد لم يوكل ولما وسط بينهما قوله وان اكل منه البازى اكل وقوله والفرق ما بيناه فى دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى **قوله** وهو حجة على مالك وعلى الشافعى فى قوله القديم فى اباحة ما اكل الكلب منه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشنى رض انه عليه السلام قال له فى صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يوكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه كذا فى العناية اخذا من النهاية اقول يرد على هذا الجواب ان قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم انما يدل على اباحة اكل ما لم ياكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة اكل ما اكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف فى علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم حتى يلزم ان يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعى لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف فى صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه ايضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر كون المنطوق اقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده ايضا والحق عندى فى الجواب عن اصل السوال ان يقال حديث ابى ثعلبة معارض لحديث عدى وحديث عدى مرجح على حديث ابى ثعلبة لان حديثه يحل ما اكل منه الكلب وحديث عدى يحرمه وقد عرف فى اصول الفقه ان المحرم يرجح على المحل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدى دون حديث ابى ثعلبة **قوله** ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء قال صاحب العناية اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ اقول تفسير مراد المص بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المص بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى اخره روايتين لا غير رواية عن ابى حنيفة وهى حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن ابى يوسف ومحمد وهى عدم حل ذلك وقد قال المص ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور ان يكون مراده فما ذهب اليه الشارح المذكور والصواب ان مراد المص بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابى حنيفة الى آخر ما ذكره فى تلك المسئلة فحينئذ تتحقق الروايات وتستقيم صيغة الجمع كما لا يخفى **قوله** هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرمة قد تنتهى اقول الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما احرزه الخ ان يكون المذكور دليلا تاما لهما فيرد عليه انه لو تم لدل على ان لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز فى المفازة ايضا لجريان هذا الدليل فى ذلك ايضا مع انه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المص من قبل فتامل **قوله** وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته قال صاحب العناية وطولب فى الفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه

وقال محمد رح ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه **قال** وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب

وانتهاز فرصته ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه اقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها النقض بما ذكره المص في تعليل مسئلة الوثبة من انه ما اكل من الصيد بما اذا اكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل متمش في صورة القتل ايضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه يخرج ايضا بالقتل فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين معا مع انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة اخرى غير ما ذكره المص في التعليل ولا يذهب عليك ان ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المص في التعليل ولقد احسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال فان قيل ما وجه الفرق بين هذا وبين ما اذا اكل الكلب من الصيد بعد ان قتله قبل ان ياخذه الصائد حيث لا يؤكل وفي هذه الصورة وهي ما اكل منه بالوثبة بعد اخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لانه ما اكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم والاوجه فيه هو ان الفرق انما ينشا بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا اي في مسئلة الوثبة لما لم يؤكل من الصيد الى ان اخذه صاحبه ثم امساكه على صاحبه وهناك لما اكل من الصيد بعد قتله قبل ان ياخذه صاحبه علم انه انما امسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من ان يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده اوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم اقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب ايضا لان المص تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو ان الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل ان يحرزه المالك فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا اكله بعد ان قتله قبل ان ياخذه الصائد تامل ترشد وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم الى آخره قوله وان ادرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المص فاقول هذه الزيادة من المص ههنا امر زائد مستغنى عنه جدا عندي اما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان ادرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه واما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلا لا يرى الى قوله هناك اذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات وان ادركه حيا ذكاه انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا **قوله** وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه قال صاحب النهاية والكفاية اراد بقوله ما قررناه قوله لان ما يبقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية اشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما اقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل الحل اكل ما شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق احد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما مما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا معتبر بهذه الحيوة تعليل الحكم احدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم ان يريد بقوله

د وجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو رمى فاصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده

في ذيل هذا التعليل على ما قررناه وما يعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل اكل ما بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لا فرق ما يبقى في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحيوة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم **قوله** ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك ان تقول لا تمس الحاجة الى الدفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها انتهى اقول ليس هذا بوارد لان الارسال اصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل في ترتب الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسألة السابقة حيث قال لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها بل لا بد من ان يكون اللاحق وهو الزجر ههنا اقوى من السابق او مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان ادنى منه فلا تاثير له في الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسألة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل انتهى قال في العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى اقول لقائل ان يقول ان هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على ان القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر **قوله** وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى اقول ليس هذا الشرح سديدا عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله او بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة او بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي فالوجه ههنا ان يقال يعني ان الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المص اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية وقد مر وجه تقديم الاول **قوله** والظبي الموثق بمنزلته قال اكثر الشراح منهم صاحب العناية اي بمنزلة الآدمي اقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر ان الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المص هذا المعنى لما قال والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته علم ان المراد ليس مجرد ان لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال ايضا فالوجه في تفسير قول المص والظبي

قال وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي
وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما بينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى
الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل
وإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب
في الرمي في جميع ما ذكرناه **قال** وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردية وهو حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء
مهلك وكذا السقوط من علو ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض ابتداء أكل
لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة
الحرمة احتياطا وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل
فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على
الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل
لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي
في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع
في الماء **قال** وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وإن جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق
معنى الذكاة على ما قدمناه **قال** ولا يؤكل ما أصابته البندقة فماتت بها لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق وكذلك إن رماه بحجر وكذا إن جرحه قالوا تأويله
إذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه قتله
بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك
أو لعله مات قبل قطع الأوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف
والرمح والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا وإذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح
أو بالثقل كان حراما احتياطا وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه
ومات بالجرح إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم

الموثق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال أي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى **قوله** وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل
في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لأنه إذا غاب عن بصره
ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنه كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه انتهى ولكن
ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فإن الإمام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك
أحد الأمرين عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن
طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنه
كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد
عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه بل إنما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معا وأما
قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق
كلامه وأما إذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي وكان في اعتبار عدم التواري
مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار إليه المصنف بقوله إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه
ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وذكر في الشروح والكافي أنه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على
حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه فقال عليه السلام دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر
رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق **قوله** وإن وقع على الأرض ابتداء أكل قال في العناية أخذا من النهاية يعني
إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا إذ الظاهر أن الوقوع على نحو
حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الأرض ولهذا جعل المصنف الأول قسيما
للثاني فيما سيجيء وعد الأول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا إن
وقع على الأرض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء **قوله** وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت
الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود
بالذبح هو إخراج الدم النجس وأن الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار إليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح
فيما بين اللبة واللحيين وأن في كل من الذبحين إخراج الدم إلا أن الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبسا لضيق
المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل المجروح بالرمي بدون الإدماء بل يقتضي حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب

وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء
ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه والاول اصح قال واذا رمى صيدا فقطع
عضوا منه اكل الصيد ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار
بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه
حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه
لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم
فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين
او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول
السمك وما ابين منه فهو ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربها من قبل
القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يده او رجله ولم ينفصل ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر
اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منه في اباحة
الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد
قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت
الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى
في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة
اكثر ما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم لان مثل هذا القدر من الحياة
معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فيصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته
جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان
كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كماله كما اذا قتل عبدا مريضا

بان معنى هذا التعليل ان الدم قد يتحبس لضيق المنفذ او غلظ الدم ولا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء حرج فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح تامل **قوله** وعند بعضهم
يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار اقول لمانع ان يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة
تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال هذا ضعيف عندي لانه كما سقط الانهار شرط فري الاوداج ايضا في ذكوة الاضطرار للعجز عنه ولزم الحرج في اشتراطه وهذا التحقيق
في الانهار اذ لا عجز عن الجرح بلا ريب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار على ما نحى اليه البعض فافترقا **قوله** ولنا قوله
عليه الصلوة والسلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة قال الشراح يعني انه ذكر الحي
مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة اي ابين من الحي حقيقة وحكما اقول القاعدة
القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل سائغة في السنة الفقهاء وكتب اصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في اصول ائمتنا من ان حكم
المطلق ان يجري على اطلاقه فتامل في التوفيق **قوله** قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال
يجوز ان يسلم الصيد منه الى آخره اقول لقائل ان يقول تاويل المسالة ههنا بما ذكره بعد ان اولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان
الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التاويلين متعلق بمسالة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي قوله وان
كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يوكل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته انتهى فلما اول المصنف قوله لم يوكل
بما اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد تعين ان يكون ايضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان
الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يوكل فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع ايضا
واذا علم ان الرمي الاول كان بحال ينجو منه الصيد علم ان القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التاويل الثاني ثم اقول في الجواب
ان كون الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد انما يقتضي ان لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي ان يحصل القتل بالرمي الثاني
وحده لجواز ان يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المص بالتاويل الثاني التقييد
بما علم كون القتل حاصلا بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او
لا يدري ولا يفيد التاويل الاول هذا التقييد لان القيد الذي ذكره اولا اعم تحققا من القيد الذي ذكره ثانيا لتناوله لصورة
ان يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة ان يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التاويل الاول
الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان
الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر ما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا
استدراك اصلا بل اصاب كل من التاويلين محزه

بيان ان الاضطرار لم يشترط فري الاوداج

وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية بينهما مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كما هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم شعر صيد الملوك ارانب وثعالب ؛ واذا ركبت فصيدي الابطال ؛ ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح اقول يرد عليه ظاهر هذا التوجيه ان المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا يكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب ان المراد ان هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبة المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والايلزم تقرب تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانب الداين والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء بتعاطيها واما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل شروعه وحكمه فسيجئ كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صريحا واشارة فنذكره في مواضع ان شاء الله تعالى قوله الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن بقسميه اللازم والافي اذ انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا شك انه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الا ان للمعارضة الرجوع عنه قبل القبض المرتهن الرهن فتقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض وما اخذ في التعريف المذكور في كتاب الرهن انما هو معنى الحبس لا اللزوم فصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه ايضا بلا ريب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه لا يدري قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الممكن استيفاؤه من الرهن بعد هلاكه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالمديون ان يجوز الرهن بغير الدين ايضا فان لم يكن في قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين ايضا فلا اقل من ان لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشائخ انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان هذا القول منقوض بعقد التبرعات وقال الا ان يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع اقول ليس لشيء من ايراده وتوجيهه بمستقيم اما الاول فلان من المشائخ من يقول بان انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك في سائر عقود المتبرعات ايضا واختلاف المشائخ في ان القبول هو ركن كالايجاب ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات ايضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر في اوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على اصل من يقول من المشائخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدوري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب

والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية

والقبول بني على اصل هؤلاء المشائخ واما قول سائر المشائخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع واقول ذكر صاحب العناية في شرحه واما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه اي الرهن عقد غير متبرع وكل عقد غير متبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك ان تفسير الصغرى حينئذ كاذبة اذ لم يقل احد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل اطبق كلامهم على انه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع قالوا الركن مجرد الايجاب لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب فاذا ما ثبت للمرتهن من السيد شيئا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا له فيه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والركن ليس كذلك انتهى اقول في الجواب بحث لان الرهن ان لم يستوجب شيئا عن المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا للدين عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا للدين عند هلاك الرهن في يده معنى لا لغة بايجاب الراهن وحده بل لا بد ان يتوقف على قبول المرتهن ايضا حتى يتم جعلناه اياه مستوفيا للدين حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجئ تفصيله فليتامل قوله

والقبض شرط اللزوم على ما نبينه قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام يخالف لرواية عامة الكتب قال محمد رحمه الله لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن الغير المقبوض وقال الطحاوي رحمه الله في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا معترفا تجوزا وقال الكرخي رحمه الله في مختصره وقال ابو حنيفة رحمه الله وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى اقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له واما هنا فلا ضرورة لاحتمال الحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والا لم يستثن اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال اصلا فتعين نفي الجواز بظاهره على ما قوله ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اي فاضربوا وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرروا وفي قوله تعالى فعدة من ايام اخر بتقدير عموم عدة من ايام اخر اي فليصم عدة من ايام اخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا ايضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر اي فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب اللزوم في حق نفس الرهن لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب ان يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة في الاموال

قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل فى ضمانه وقال الشافعى رح هو امانة فى يده ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبى عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلى بان يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخى عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره

ان الذى ما هو الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين ثم ان تمثيله والمجاز فى الفعل الآدمى فذهب اليه ههنا بسبيل منعم قبيح جدا فان المنعم اسم مفعول استدلالا لقائل كما عرف فى موضعه وليس ما اسند الى المصدر بخلاف ما تخذ فيه على ما ذهب اليه فالمناسب فى التمثيل ههنا ان يقول كما فى شعر شاعر على ما ذكر فى كتب علم البلاغة ثم اقول توجيهات التى ذكرت فى سائر الشروح الصحيح ما فى الكتاب كلما الينا بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف ان التمسك بمثلها لا يفيد القطع والالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه عن بينا ان يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على ان يكون المصدر المقرون بالفاتحة وفاكما فى قوله تعالى فعدة من ايام اخر فان التقدير فيه فصوم عدة من ايام اخر ترشد تامل

قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيهما من القبض بالبراجم ولا يكفى التخلية مع جريان الدليل الا ان يثبت رواية الاكتفاء بالتخلية فيهما وكونها مختار المصنف انتهى اقول الجواب ان هذا النقض بين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض فى الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام يدا بيد كما فى محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضى حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فبقى فيه موجب القياس **قوله** وعن ابى يوسف رحمة الله عليه انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب الضمان ابتداء بمنزلة الغصب قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض لعقد التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع انتهى اقول هذا النظر فى غاية السقوط لان جهة التبرع فى الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا فى يد المرتهن بلا استيجاب دين عليه بمقابلة وذلك جهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن به مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم ان لو كان من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفى عليه حفظ المعنى مع ظهوره مما سياتى فى الكتاب من تفصيل ولينا العقل على مسئلة انه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل فى ضمانه

قوله فاذا قبض المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم فى الهبة ان المنصوص يعنى بيانه وذلك يقتضى الكمال والكمال فى القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هذا البسط والتقرير يقتضى ما لا يثبت القبض بالتخلية فى باب الرهن بل يجب ان يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ولا شك ان الكامل فى القبض هو الثانى وهذا خلاف ما تقرر فى ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار فى عامة المعتبرات لان الرهن مبنى على الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا قال فى العناية قبل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتابد ينفى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب فثبت ان اللغة يدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى اقول السؤال والجواب فى الاصل ليساح الشريعة لكن الجواب ليتم الا ان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك دام ينفى ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا للدوام لزم من نفيه

واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى ... لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان والموجب للعقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان تواء الذمة من ضرورته كما في الحوالة فالحاصل ان عند نا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددنا ها في كفاية المنتهى جملتها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسنبينها في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بخلاف الوديعة **قال** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالترادد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل **قال** وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اليه اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن

ذلك ودوامه سواء كان ما يوجب دوامه لنفسه او امرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقيضين معلوما نحن فيه كذلك اذ لا شك ان فكاك الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من تعينه تحقيق دوامه وان كان دوامه مما لم يوجب لنفسه بل كان بامر خارجي فلم يثبت في بيت المزبور انما لفظ الرهن لنفسه عن الحبس الدائم بل جاز ان يكون انفهام ذلك من نفي فكاكه كما لا يخفى **قوله** واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا مودي الى الربو اليعني اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس يثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانقطاع احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربو كذا في النهاية وغيرها اقول لقائل ان يقول نعم لو استوفاه ثانيا ادى الى الربا ولكن اذا لم يستوفه ثانيا اصلا يؤدي الى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والثاني الى ضياع حق المسلم محذور شرعي ايضا فالوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور الى اختيار محذور الربا فتأمل في الدفع **قوله** ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين يعني يرد على هذا اللفظ اي على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان بانفسها اي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهي ما يجب مثله عند هلاكه ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها واجاب المص عن هذا الاشكال بقوله ويمكن ان يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير ان صاحب غاية البيان بعد ان وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلنا لا يرد على القدوري الاعتراض راسا لانه لا ينفي صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا على الدين لان الغالب في الرهن ان يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ذكره في موضع آخر الى هنا لفظه اقول لا ينبغي لمن له ادنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح ان يقول ان القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بعد ان اي ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون من اداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور ان لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له محل وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره وقد تدارك المص بقوله ويدخل على هذا اللفظ ورد ما يحمل القصر الواقع في لفظ المختصر على القصر الادعائي فمعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فانه يجوز تخصيص الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فما ظنك بدلالة اداة القصر على ذلك **قوله** ولهذا تصح الكفالة بها قال في العناية واعترض بان صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين يجب كما لو قال ما ذاب له على فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله فاذا سالك اضافة الكفالة لا الكفالة ويصح ان يقال فولك دون الرهن تريد به دينا ما العقد بسبب وجوبه او دينا العقد ذلك فان كان الاول فليس كلا منافيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه صحيح نحن فيه انتهى اقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة وما وجه صحته واما قوله ويصح ان يقال الى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له

لانه صار دينًا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطاء حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينًا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب طلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئًا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به

وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله وليس كلا منافيه ليس بشيء لان كون عدم كلا منافيه لا يضر بغرض السائل بعينه فان مقصوده القدح في قول المص ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين يستجب ولم ينعقد لسبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز ان يكون تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه ايضا الذي كلا منافيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى ان عدم كون كلا منافي الدين لم ينعقد لسبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما اشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين يستجب ولم ينعقد لسبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلي اضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المص بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض اقول هذا التنوير لا يتم الا على قول ابي يوسف فان المعتبر عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب مع ان صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول ائمتنا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول ابي يوسف وليت شعري لو لم يتعرض لهذا احد من الشراح قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر شيء منهما واعتبر بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو ولا يكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما والمراد هاهنا احد من القيمة والدين وهو اقلهما لا امر ثالث ثم ان تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه ان كلمة من في قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف اقل منهما لان اقل نكرة وهما معرفة لا نفيا ولا نكرة انتهى كلامه اقول ليس هذا البيان بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا يتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لان مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان واما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو امر شائع مستعمل الا مع قولنا واحد منهما او جزء منهما او بعض منهما يكون كذا فانه يصح بلا ريب وشائع مستعمل مع ان كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض على ان الوجه المذكور للفرق بين ان يكون اسم التفضيل معرفا وبين ان يكون منكرا انما يمشي فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يمشي فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة النكرة مثلا لو كان العبارة فيما نحن فيه اقل من قيمة ودين لزم ان لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجها اخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال ان يكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة ويكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف من ضيعه كتب التحرير قال وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وهاهنا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى اقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو انه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون احد الاشياء الثلاثة الا ان يعلم المفضل عليه وتعيين كما في قوله تعالى السر واخفى وقوله تعالى والله اكبر وفيما نحن فيه لا تعيين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير ان ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعى كونه معلوما بالقرينة شهرة المذهب غير مسموع

قال [illegible]

[illegible]

لان الآن بصدد بیان المذهب فی هذه المسألة ولم یبین من قبل فی موضع آخر فمن این حصلت الشهرة کیف ولو تحققت الشهرة فی مسئلتنا هذه بحیث جاز بها ترک
ما لا بد منه فی استعمال صیغة التفضیل لاستغنی عن ذکرها وبیانها ههنا بالکلیة **قوله** لانه صار دینا بالبیع بامر الراهن فصار کان الرهن رهنه وهو دین قال فی النهایة
فیه بحث فان المقیس علیه هو رهن غیر صحیح فکیف یثبت الحکم فی الفرع قیاسا علی رهن الدین انتهى اقول لا یخفی علی الفطن ان المراد بتعلیل المذکور لیس اثبات حکم نحن فیه
بطریق القیاس علی رهن الدین حتی یتوجه البحث المزبور بل مراده به بیان ان حکم الرهن یبقی فی الدین الذی صار خلفا عن المبیع بامر الراهن لان الاصل کان صالحا لان یکون رهنا
فکذا خلفه تبعا وان لم یصلح الدین للرهنیة ههنا ابتداء فکم من شیء یثبت ضمنا وتبعا ولا یثبت اصالة وقصدا فقوله فکان الرهن رهنه وهو دین
اشارة الی معنى الخلفیة لا الی القیاس وهذا مع ظهوره لکل متامل منصف قد صرح به اکثر الشراح حیث قالوا فان قیل لو رهن الدین ابتداء
لا یصح لانه لا یکون محلا للرهن قلنا نعم ولکن یبقی حکم الرهن فی الدین لکونه بدلا عن المقبوض وهو قد کان صالحا لذلک فیثبت هذا الحکم
فی خلفه تبعا لا مقصودا انتهى **قوله** فلو هلک قبل التسلیم استرد الراهن بالقضاء لانه صار مستوفیا عند الهلاک بالقبض السابق وکان
الثانی استیفاء بعد استیفاء فیجب رده قال فی العنایة وطولب بالفرق بینه وبین ما اذا رهن عبده بالف درهم وقبضه وقیمته مثل الدین ثم ادی
المرتهن المال الراهن او ابراه ولم یرد علیه الرهن حتی هلک عنده من غیر منع بعد اباه فانه لا ضمان علیه استحسانا وان ثبت به الاستیفاء
للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاک فصیر ورته مستوفیا بهلاک الرهن بعد الابراء بمنزلة استیفائه حقیقة بعد الابراء وفی الاستیفاء حقیقة بعد الاداء یرد المستوفی فیجب
ان یکون ههنا کذلک واجیب بان الرهن عقد استیفاء بالید والحبس کما تقدم وذلک الاستیفاء یتقرر مستندا الی وقت القبض فالقضاء بعد الهلاک استیفاء بعد استیفاء فیجب الرد
واما الابراء فلیس فیه استیفاء معنى فیجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدین ممن لیس علیه لغو انتهی اقول فی خاتمة هذا الجواب خلل لان قوله اسقاط
الدین ممن لیس علیه فهو لغو من الکلام ههنا لان الابراء فی مادة النقض من الراهن ولا شک ان الراهن ممن علیه الدین فکان
الابراء فیها ممن علیه الدین فلم یکن لغوا بل کان اسقاطا صحیحا فلا مساس لقوله واسقاط الدین ممن لیس علیه لغو بما نحن فیه فان قلت مراده
ان ید الاستیفاء الثابت للمرتهن بالعقد الرهن وتقرر بالهلاک مستندا الی وقت القبض صار المرتهن بالهلاک مستوفیا دینه من وقت القبض
فصار الاستیفاء متقدما علی الابراء فی الحکم فلم یکن الراهن مدیونا وقت الابراء والسقوط منه بالقبض السابق فلم یکن الابراء فیما نحن فیه اسقاط
الدین ممن علیه من هذه الحیثیة فلهذا قال واسقاط الدین ممن لیس علیه لغو قلت لو کان لهذه الحیثیة اعتبار فیما نحن فیه من مادة النقض وکان
الابراء فیه لغوا بناء علی ذلک لوجب فیه الضمان علی المرتهن لثبوت ید الاستیفاء له بقبضه السابق وتقرره بالهلاک وکون الابراء لغوا والمقرر
مع انه لا یجب علیه الضمان وفیه دهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بین مسئلة الکتاب وبین ذلک فلا یتم الجواب فالحق فی الجواب عن
المطالبة المذکورة ما ذکره صاحب النهایة حیث قال قلت ان ضمان الرهن یثبت باعتبار القبض والدین جمیعا لانه ضمان الاستیفاء فلا
یتحقق ذلک الا باعتبار الدین وبالابراء عن الدین انعدم احد المعنیین وهو الدین والحکم الثابت بعلة ذات وصفین ینعدم بانعدام

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا انه لا يفيد الحكم الذي يثبت به فان حكمه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده حكمه تعينه للبيع وهو يجوز في المشاع ثم لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها لانه لا يقبل حكمه على ما ذكرناه بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع من الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم وحكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الذي ذكرناه والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يبطل الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن **قال** ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة

احدهما الابراء انه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين وكذلك اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول المقصود بالشيء يقرره وينهيه واذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين انه استوفى مرتين فيلزم رد احدهما واما في الابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام احد الجنسين الى هنا لفظ الشهادة وسيجيء من المص في اخر كتاب الرهن ما نظائر ذلك في الفرق بين شكل المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الدين قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الجنس لاحتمال ان يستحق المودى وحينئذ يظهر انه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الجنس انتهى اورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السوال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى اقول الحق في الجواب عن اصل السوال عمن يقول الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب لتعذر الاستيفاء كما صرح به المص في آخر كتاب الرهن اثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن والراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن ايضا فان لم يسلم الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك الى ان يسلم الى الراهن تأمل تقف

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال **قوله** ولا يجوز رهن المشاع قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن القابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه اقول بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط الجواز حشو مفسد اذ الظاهر انه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك ان ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن وما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي ان لا يكون القابل به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان القابل به مضمونا ايضا كما لا يخفى ثم لا شك انه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك امر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن او شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله ما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء ان قوله بناء على ان القبض الى اخره علة لقوله لان الباطل منه فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن القابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني ان الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكر بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح

ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل ابتداء ولو رهن الاعلى الباقي فيمنع التسليم لكون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع التسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل عليها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلابد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذا لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهي ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستيفاء فيهما مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المالية وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه فان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله

الحصر انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح لانه مع كون المصنف يقوله ما نحن فيه ليس كذلك بما يابى جدا كون قوله بناء على ان القبض الى اخره ان كان اسلميه ذلك لا يصح بناء على ان الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فقوله فاذا كان مشروطا لجواز لم يحصر ممنوع فانه بمجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انما ذلك فيما اذا لا ينعقد العقد بصفة الفساد وايضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن ان يكون الرهن مالا وان يكون المقابل به مضمونا لا غير وبدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو ان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن لوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا فاقتضى كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد ولكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز في كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا فتدبر انتهى قوله

والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا اقول للقائل ان يقول ان اراد بقوله لم يشرع الا مقبوضا ان عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن لا شرط جوازه وان اراد بذلك انه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقريبين اذ المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع وعدم لزومه فتامل في الدفع قوله او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه قال صاحب العناية وهو قوله ولا يكون عاجزا عن الانتفاع فيتنازع الى قيمة الدين لحاجته او لضجرة انتهى واقتفى اثره في قوله هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله ولا يكون عاجزا عن الانتفاع متسارعا الى قضاء الدين لحاجته او لضجرة اقول فيه نظر على المص فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الامن من الجحود المرتهن ولا يكون عاجزا من الانتفاع فيتنازع الدين لحاجته او لضجرة انتهى فليت شعري باي حامل حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المص ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر او على العلة الاولى لتقدمها في الذكر هناك والعجب من صاحب العناية انه قال في شرح قول المص وكل ذلك يتعلق بالدوام اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام وقال ما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لم يكن من الاسترداد لما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به المص فيما قبل تبصر قوله بخلاف الرهن

بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته قال في نهاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المص حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما اطلق جريا على العادة اذ الظاهر ان يساوي الرهن

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء
بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك
لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان
ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا
وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه
وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة
ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه
الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلط الراهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قال والاصل في هذه المسئلة البيع
فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من
حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب متاعه من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه
مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا
له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي لا دين عليه بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا

الدين انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يتمشى ايضا فيما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال في البيان هذا اذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض او كانت قيمته اكثر من ذلك واما اذا كانت قيمة الرهن اقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المص ذكر ههنا حيث قال يهلك بما سمى له من القرض في صورة الاطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساويا للدين او اكثر من ذلك **قوله** ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا قال جمهور الشراح يريد به قوله ان الثمن بدله اقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي ان يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع الا يرى ان راس المال في مسئلة الاولى كان بدل طعام السلم فيه مع انه كهلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب ان مراد المص بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه وان كان محبوسا بغيره يعني ان هلاك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره ايضا القيامة مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى تامل تفهم **قوله** وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه قال صاحب العناية اي كما ان الاب والوصي يضمنان اذا سلطا المرتهن على بيعه فباع انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المص في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه فالصواب ان مراد المص هناك ان الاب والوصي كما لا يخفى لهما ان يرهنا بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز لهما ان سلطا المرتهن ان يبيع ذلك العبد فينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المص قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده كما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه ان يزيد على ذلك القيد شيئا اخر وهو ان يقول واخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهنا مع فسخ عقده ولم يتملكه لا يضمنان للصبي شيئا لانهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله فمن اين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ المرتهن قد اتلف ثم بل حفظه بدل المبيع **قوله** وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب قلت قوله الحاقا له بالاب علة للمنفي دون النفي تامل تقف **قوله** ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير للدين على نفسه ورهنه اياه للدين على الصغير وعلى هذا المعنى راى جمهور الشراح ههنا اقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المص فيما قبل انه رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه او لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر ان الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فادراج رهن الوصي ايضا في بيان مراد المص ههنا لا يناسب ساق كلامه وايضا قال المص فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولا يخفى ان هذا العطف والتشبيه يقتضي ان يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فادراج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره

تلف استدان الوصي لليتيم في كسوته او طعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن [illegible]
لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة
تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا
دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد
اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاع اليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم
لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا ثم [illegible] الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه
الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده
فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضى به الدين ان كان قد حل وان كانت قيمته مثل الدين اداه الى
المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم
لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا
حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له
ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب والوصي بغصب مال الصغير لا يلزمهما شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه [illegible]
حل رجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لان عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه تكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه
او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير مستوفيا [illegible]

صاحب العناية حيث قال اراد بهما عن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه
المص قوله لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت
لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس انتهى اقول في هذه الكلية منع ظاهر الا يرى ان انسانا او فرسا يطيق تحمل كل واحد
من اجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من احاد العسكر على
الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معا في هذه الامور الخارجية اما وفي الاحكام الشرعية فكما انه يجوز للرجل ان يجامع كل واحدة من
الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح او بملك يمين ولا يجوز له ان يجمعهما معا في الجماع بشيء من ذينك السببين ولعل سائر الشراح
وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك
بدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئا لكن لا يخفى على الفطن المتامل ان التعليل المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد ايضا في اثبات المدعى ههنا ثم
ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد
من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل بان قال اذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الاختين سائر ما يجوز الجمع بينهما اقول هذا التقييد يخل بالمقام اما اولا
فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه اول المسئلة اذ لو كان بينا في نفسه لما احتيج الى ذكر جواز
رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد ان ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما واما ثانيا فلانه لا يتم حينئذ
قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للكل يجوز ان يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع في سائر الامور النسبية قوله ولهذا قال في
كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمهما شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ واورد عليه بعض الفضلاء
حيث قال لم لا يكون اقرارا بالاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا هو لازم له اذ الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير
على سبيل التغلب وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل اليد المحقة كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب فلا شك
في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معنى الغصب ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال
في حاجته قوله وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال في العناية اتى برواية الجامع الصغير
لاحتياجه الى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء فيه لا يخفى ان رواية القدوري ايضا تحتاج الى التفصيل انتهى اقول هذا الكلام
لغو اذ لا يخفى ان رواية القدوري ليست بمحتاجة الى تفصيل يحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية ان رواية الجامع
الصغير محتاجة الى تفصيل ما حتى يقال رواية القدوري ايضا محتاجة الى ذلك بل مراده ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى التفصيل كثير زائد
على ما احتاج اليه رواية القدوري كما ذكره المص في مقدار تمام جانبي الورقة وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغو
ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى قوله ولا فرق في محمد رحمه الله قال صاحب العناية اي على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة

بها ولا يحلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملك الرهن والجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو مطالب في هذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع ابي يوسف رحمه الله والفرق لمحمد انه قد قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيادة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وفي هذه قبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك يصير مضمونا بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لانه لا يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسورة رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها **قال** ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب

وانتفى اثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية اقول لم ادر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المص بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه المسئلة مع ابي يوسف وذكر الشراح ان بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف اخرا في تلك المسئلة ولا فرق ان الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن ابان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد ينافي البناء قطعا والصواب في شرح هذا المحل ان يقال اي على تقدير ان لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتداة كما هو الاصح على ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة المشائخ ههنا ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علمت الزيافة فانه سقط دينه ولا شئ عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يضمن قيمة ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد اولا كقول ابي حنيفة اخرا كقول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح ان هذه مسئلة مبتداة لان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة المشهورة ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد ان قبض الزيوف الى اخر كلامه تبصر **قوله** فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى قال صاحب الكفاية اي معنى الشرط وهو الملائمة اقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المص قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المص على ما ذكره الشارح المذكور وهو اي معنى الشرط الذي هو الملائمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق ان مراد المص اعتبرنا فيه المعنى اي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو اي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم اي ملائم العقد لكونه مؤكدا موجبا للعقد فصح العقد وهذا معنى صحيح مطابق لما ذكره في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم الوجوب **قوله** واذا لم يكن الرهن والكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة اقول فيه شئ وهو ان التعليل بقوله للجهالة قاصر عن افادة تمام المدعى فانه انما يمشي فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز ان يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله او كان الكفيل غائبا حيث جعله قسيما لما يكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا ان يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان والجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان الكفيل غائبا لكن فيه تامل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائب فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشئ يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير مليئ ليس في ذلك من التوثق شئ فيبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى اقول وفيه قصور اما اولا فلانه لم يذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه مع ان كون الكفيل غير معين داخل ايضا في مسئلة الكتاب واما ثانيا فلان قوله في التعليل يعطي كفيلا غير مليئ لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائب لما ذكرنا انفا

[illegible]

ان غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعيينه فيجوز ان تعيين المشتري للكفالة رجلا مليا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على ان يعطي كفيلا غير مليء بعد ان عين المليء للكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا ان يقال لجواز ان لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المص ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقيل صح تدبر تحال نحو العناية اخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر التعدد عن الافراد انتهى اقول لا يذهب عليك ان هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذه الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شيء منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض اخر منها فالاولى ان يقال وجه الفصل كون الرهن او المرتهن او الراهن متعددا كما اشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى **قوله** الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال صاحب العناية والنهاية وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما قبض الثمن لو لم تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما ان بالانفكاك انتهى حكم الراهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فيتقرر حكم الرهن فيه انتهى اقول فيه بحث وهو ان حاصل كلامهما الاستدلال على ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك انتهى بدليلين احدهما الثاني وهو انه لو رهن عبدين بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المرتهن الرهن في احدهما دون الاخر جاز وان باعهما بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز وثانيهما ملي وهو ما ذكراه قولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الى اخره والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي اذ لا شك ان المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وان الاصل ههنا في اثبات ان الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتادي الى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير ان تمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو اول ما قصد اثباته ههنا فيلزم المصادرة على المطلوب فالوجه الذي في علية الفرق بين بابي البيع في تفرق احدهما بتفرق التسمية دون الاخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع ما تعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد في ضرورة به للبائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الاول وانه شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا نقض

[illegible]

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

[illegible]

حالة الاجمال موجودة قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلثة آلاف احدهما بالالف والآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا وهو يقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا بالفين ورهن فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فلهذا لم يكن فكاك البعض ببعض الدين انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المص صدر مسئلة الاجمال وحصة كل واحد بالحصة اذ قسم الدين على قيمتها فائدة واما ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويان في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع ان جواب مسئلة الاجمال يعم هذه الصورة ايضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال ان يقال ان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان الكلام في كلام العاقد بالتحكمة كما في حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها يحمل تفرق الصفقة ولن لم يلزم التادي الى تفريق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير ان يحمل عليه في حالة الاجمال ايضا تامل **قوله** وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قال صاحب العناية اخذا من النهاية وقيل معنى عنه ص بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد فان العقد فيما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما اذا كان العقد مفيد الملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فقسم عليهما والجواز للرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحرر لجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الى ههنا كلامه اقول هذا السؤال والجواب على التقدير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول ابي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول ابي حنيفة رح الا ترى الى ما بين في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها جماعتها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لانه حكم الحبس وهو يثبت لكل واحد منهما كلا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلا معنى لتقييد ما نحن فيه بالهبة على قول ابي يوسف ومحمد اصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المزبور من الفرق كما لا يخفى **قوله** وان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق قال في العناية آخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير سراية عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن

اوالانتقال من الرهن اليه كان وكيل منه الملك بخلاف منه عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن

فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام من كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب

ما قبضا دالى الاوان من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كلواحد منهما بان مالم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان

كلواحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه زيادة منها فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى مقصود

من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي فتفرع عليها قوله فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك ان تلك المقدمة

صادقة وانما يقتضي ان لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن هذا انتهى باستيفاء حقه فما وجه لبقاء

ارتهانه بعده وبالجملة تبلا ارتهان كلواحد منهما مالم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء احدهما

حقه اذا كان الرهن في يد الآخر وحينئذ في ذلك المقدمة التي بسطها في اول كلامه فلا يستفيد الجواب المذكور **قوله** وان اقام الرجلان كلواحد

منهما البينة انه رهنه عنده الذي في يده وقبضه وهو باطل قال صاحب العناية وهو احد الوجوه في هذه المسألة وجملتها ان العبد اما ان يكون

في ايديهما اولا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لانه يمكنه من القبض دليل سبق عنده كما في الشراء وقد تقدم الا

ان تقيم الآخر بينته ان الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح

وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل

وبه اي بالقياس ناخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى اقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث

بقوله فان علم الاول منهما الى آخره وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو مالم يكن في يد واحد منهما مع ان هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق

ايضا وايضا ان اراد بمسألة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المص وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي

بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد احدهما فهو المذكور في الكتاب اولا بان اراد بها قول المص ولو مات الراهن والعبد في ايديهما

كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس ناخذ فان قلت انما ياخذ بالقياس في المسألة الاولى لا في المسألة الثانية فكان

قوله المذكور ان يذكر متصلا ببيان المسألة الاولى كما لا يخفى **قوله** يوضع في يد العدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الرهن والمرتهن

ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يوافق حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن

والمرتهن بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قال او رضينا ببيعه الرهن عند حلول الاجل اقول لعل هذه

الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والا فرضنا هما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل الحق

هذا فان الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مامور بالحفظ فحسب انتهى **قوله** وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق

لانه نائب في حفظ العين كالمودع قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق

المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل و

التحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سوال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه اقول ليس هذا العداوة التي

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به ...

[illegible]

...

ضمانا لحلية لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن

تاد بالشارح المذكور من عند نفسه ليس بشئ ثمان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السوال المتجه على علمائنا اذ لا يلزم ان يكون توجه السوال من قبل الخصم وعن هذا ترى ائمتنا يوردون

ليل المسائل مذهب لو سلم فلذلك فالخصم ان يورد السوال المذكور علينا بطريق الالزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب ما اشار اليه المصنف لا غير قوله

وقوله فيه لكن قال في النهاية والعناية اي جعل القيمة في يد العدل رهنا قال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما وبرأي القاضي عند العدل الاول او عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي

انتهى اقول ان كان وجه البحث عدم تحقيق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما او برأي الراهن والمرتهن مع ان الحكم

فيه ايضا كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضي لو كان جعل في عبارة النهاية والعناية

ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا الى القاضي واما اذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة

النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيتحقق العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه البحث عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية

لما جعلنا القيمة رهنا في يد غير العدل فامره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين لما جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الاول

وبين ان جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الاول ميلا الى الاختصار

باب التصرف في الرهن والجناية عليه لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا تبعا عن نفسه اخره وضعا ليوافق الوضع الطبع **قوله** واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف

اختلفت عبارة محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما اذا سخرفان القاضي

يفسده اذا خوصم اليه وطالب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز ان

يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم بالفعل او انه بسبيل مجاز المشارفة فانه على شرف ان يفسد

اذا لم يجزه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذين التاويلين ليسا بتاويل فقهي بل هما من قبيل التاويل اللغوي الذي فيه نوع مجاز

وتعمية فلا يناسبان اصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان **قوله** لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن

يتصرف في ملكه اقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينتقض بما اذا اعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سياتي في الكتاب مع جريان

هذا التعليل هناك ايضا فالوجه في التعليل ههنا ان يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته الا ترى

ان المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في اخر تعليل مسئلة الاعتاق من قبل صاحبنا

والامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر **قوله** والامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لان يد المرتهن

مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الابق والمستاجر والاعتاق لا يفتقر اليهما بدليل

نفاذ اعتاق الابق كذا في الكافي وغيره واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال اقول يرد على هذا انه يلزم ان يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وينبغي

فرق اذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف الا يرى ان البيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى اقول هذا

[illegible]

الاخر حفظ ظاہر السقوط لانه انما يلزم ان ينفسخ بيع الرهن ولا يتوقف ان لو انتفى بالقدرة على تسليمه بالكلية والمنتفى في بيع الراهن انما هو
على تسليمه بدون اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه اصلا فيتوقف على اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما
تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي **قوله** وكذا لو استهلك الراهن الرهن قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله
فان كان موسرا ضمن قيمتها واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب
لان قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية ايضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمتها ليس
بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية اصلا بل هو من المسائل الحاصل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري
وهو من قوله ولو اقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ احد الشيخين في احد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ اخر في كتاب اخر وكيف يمكن
عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم عبارة تحقق المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب انه عطف على قوله
المذكور معطوفا على قوله فيما مر انفا فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين
لانه ايضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية ايضا فيتم ويحسن عطف احدهما على الاخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا
وان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه
حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا التقريب
فلكن الكلام التفصيل **قوله** وان انتقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي
بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال الزيلعي بعدان ذكر هذا بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان
بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى
يسقط الدين بقدره وهو ان لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بسببه شئ من الدين انتهى اقول ليس بشكل اذ لا شئ
فانه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء فيحال الهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا انتقضت منها
خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة باتلافه وخمسمائة بالقبض السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا
ولا تاثير في سقوط شئ منه لتراجع السعر اصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل **قوله** وكذلك لو اعار
احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا يشير بقوله لما قلنا الى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن قال بعض الفضلاء فيه نظر
اذ لو وقع بعد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يد الايداع والرهن اقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور

قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك ان اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود الا بعقد مبتدأ والموت الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم فتبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم ... فلا يبطل به ... ولو هلك في حالة ... [illegible]

... [illegible] ...

في شرح الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفا فكانه لم يرها المصنف ولم يطلع عليها قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن

فلا يعود الا بعقد مبتدأ قال الشراح حكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى اقول بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بان قال الا ان كان الايداع من اجنبي ينبغي ان

لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى اقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من يتفقان على وضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشراح ههنا فيما اذا اودع احدهما الرهن من اجنبي بعد تسليمه الى المرتهن

بالايداع للمنافاة بين يد العارية والدين وانافي لصورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن

في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الجهة كما تبين في بابه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القرض فبقي الضمان على حاله

قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع اعلم ان قوله جبرا على

الراهن في اثناء هذه المسئلة من متعلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين اعتبر الراهن كما ذكره شمس الائمة السرخسي

وفخر الاسلام البزدوي وغيرهما تبعه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المص جبرا عن الراهن تصحيف عن قول

محمد حين اعتبر الراهن فوقع من الكاتب او القاري وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويوافقه تقرير

صاحب الكافي في هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين واراد المعير ان يفتكه جبرا بغير رضاء الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع

اذا قضى دينه قال صاحب الكفاية معنى قوله فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن اراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن وقال

صاحب العناية قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرا لما فات

عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا اراد المعير ان يفتكه قبل حلول

اجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم حلول الاجل حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك لقضاء دين

الراهن جبرا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع ان تلك الصورة ايضا داخلة في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لم يسمع

المعير جبيرة جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى الجبران ومحال الاخلاق في تركيب المص انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى

القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا ان يصار الى تقدير لما فات جبرا وجعل

كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلقة كلمة عن لفظ نيابة وحده

كما نقله صاحب الكفاية قوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله يرجع الى الراهن بما

ادى يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر الدين لا بما اكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وفتاوى

قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن الفين

الف فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين رجع بقدر ما يهلك الدين وهو الالف ولا يرجع باكثر من الالف لانه لو يهلك الدين لم يضمن الراهن

وانشاء ضمن للغير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته رهنا وقد ابطله بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعتق [illegible] استرداد لقيمته [illegible]
[illegible] لانه قد كان امينا فاذا خالف ثم عاد الى الوفاق [illegible] لانه [illegible] العبد ثم يطلب ثم عقب
بعد ذلك [illegible] بمنزلة المستعير [illegible] الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان [illegible] في المستعير لان
[illegible] اما المستعير في الرهن تحصيل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك [illegible] الاستيفاء **قال** وجناية الراهن على الرهن
مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم [illegible] الغرماء [illegible] حق الورثة بمال المريض [illegible] فتبطل [illegible] الثلث
[illegible] **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها [illegible]
[illegible] **قال** وجناية الرهن على الراهن والمرتهن على ماله هدر [illegible] عند ابي حنيفة [illegible] على المرتهن
معتبرة [illegible] بالجناية على النفس ما يوجب المال [illegible] جناية المملوك على المالك [illegible] المغصوب [illegible]
لان ذلك عند اداء الضمان [illegible] حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك [illegible] الجناية حصلت على [illegible] ملكه في الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية [illegible] ابطال الرهن [illegible] اطلب الجناية [illegible] هذه الجناية لو اعتبرناها
للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه [illegible] على ما ان المرتهن [illegible] اذا كانت قيمته والدين سواء لانه
لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة [illegible] انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة
على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن [illegible] ثابت فصار كالمضمون [illegible] حقيقة [illegible] فصار كالجناية على
الاجنبي **قال** ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل [illegible] قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على
الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عند [illegible] نقصان السعر عبارة عن
فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء [illegible]
[illegible] بنقصان [illegible] الدين [illegible] قيمته [illegible] لانه تعتبر قيمته يوم [illegible] لان الجابر بقدر الفائت [illegible] المالية في حق المستحق

للغير اكثر من ذلك فكذلك اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب قوله
النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المص لانه لو وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى اقول فيه نظر لان قول المص ولهذا يرجع على
الراهن بما ادى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا نفس هذه المسئلة ولا يخفى ان مقدمات الدليل لا يجب ان توافق المدعى في الخصوص والعموم
ولا في التقييد والاطلاق الا يرى ان كلية الكبرى شرط في اشهر الاقيسة مع انه لو سلم وان كان المدعى جزئيا فاين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد
مقدمات دليلها ايضا حتى يستغنى عن تقييد تلك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا فكه
باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع الا بقدر قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا او باعتبار
الاضطرار يثبت في حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن
ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى اقول ههنا كلام هذا النوع غرامة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السوال
واجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا لا كذلك لانه انما وجب على التفسير باعتبار ايفاء
الدين عن ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السوال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب
المذكور مرضيا عند الزيلعي ايضا فلا وجه لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد ان راى الجواب والسوال مسطورين في النهاية على الاتصال
بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه ان يبين محل فساده ولا ينبغي ان يعد السوال المذكور رفعا اشكالا من عند نفسه
قوله وان شاء ضمن الغير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق اقول كان الحق في التعليل ان يقال لان الحق تعلق بماليته
وقد اتلفها بالاعتاق اذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة
قوله الا الوفاقية فانها جناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي ما خلا المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهو ان
جناية الرهن على الراهن بما [illegible] لانها جناية المملوك على المالك واقتفى اثره صاحب العناية اقول لا وجه عندي لافهام لفظ الوجه في
تفسير مراد المص بالقول المذكور اذ يصير المعنى حينئذ ما وجه المسئلة الوفاقية اي علتها لهذه العلة المذكورة في الكتاب لان المص قصد اخل
الامر على العكس كما ترى فيؤل المعنى الى ان علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم ان يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو
فاسد قطعا **قوله** ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح
لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وخلاصة المشاكلة لانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه واقعا وسماه
انتهى اقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ واريد به في
المرة الاولى اصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وما نحن فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع
مرة واحدة بصيغة التثنية [illegible] التغليب لا غير كما لا يخفى **قوله** ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي

[illegible]

ما ئة فدفع به فهو على هذا الخلاف قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسألة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى
مائة فقتله عبد قيمته مائة فقبله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال
صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسألة في الفصل الثالث معنى ما عبر عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع
سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل
الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك ست رداءته صاحب الهداية الذي حاز قصبات
الجامع السبق في ميدان التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار ثم الى ههنا لفظ العناية اقول آي
في بيان صورة المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير انها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر
لما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر ايضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية
او جعلها فيما هو اعم من تراجع السعر او من عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على ما وقع في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوي الفا
بالف الى اجل فنقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع
على الراهن بشيء وان كان امره الراهن ببيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه
بجميع الدين وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك ان قوله فان
قتله عبد الى اخره عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر ان ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه
ولا شك ان الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي انتقص في السعر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه اصحاب
النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان اخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه
فلا اقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا تتم
ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الى آخره عن مناسبة التكرار وانما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم

تراجع السعر فيما لا يساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن
وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجر اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق
ولي الجناية ايضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى
اي لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية لان المرتهن
يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين الى ههنا كلامه واقتفى اثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال
صاحب العناية وحق ولي الجناية بالنصب او بالرفع عطفا على لفظ دين العبد او محله وعطفا على دين المرتهن كذا حق ولي الجناية ايضا مقدم على دين المرتهن

فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن ويبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان لان دين المرتهن قد حل بعضه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغرماء اخذ الثمن ولم يرجعوا بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله فان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راضيا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه لا يستحق الفداء ابطال حق الراهن في الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا اذا جناية على الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه لم يكن متطوعا فهو مخصوص بدينه وله في الفداء غرض صحيح وكان على الراهن ان يفدي وامه الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فاذا التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن بنصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى احياء حقه المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فاما ان يتقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اولى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر انفا تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرح قوله وحق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وتقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء اقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه لا مناقضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية اقول لا تدافع بين كلام هولاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني اولا الى ولي الجناية الا انه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد كان نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر فعلم ان الدين كان مقدما حقيقة انتهى قوله فان فضل شيء الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة ان المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع فيلزم ان لا ينتظم المعنى اللهم الا ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره مسئلة مباينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل لمجرد التعقيب في الذكر كما يستعمل الفاء بهذا المعنى ايضا على ما عرف في علم الادب تامل

فصل

هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فالذلك آخره استدراكا لما فات فيما سبق قوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اقول لقائل ان يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة بل كان يكفي ان يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بالعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتامل قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء كما لا يخفى عن ذلك الاصل وقال ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل انتهى اقول في الجواب بحث اذ لقائل ان يعود ويقول لو كان تبدل المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغي ان يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم ان يكون المبيع هالكا قبل القبض في تلك الصورة وقد قالوا في مسئلة الاتية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان لا ينتقض بالعيب مع انه ذكر في الكتاب ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع فان قيل ليس التبدل ههنا تبدلا حقيقيا بل تبدلا حكميا كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل ان يقول فلم لا يجوز ان يكون هذا التبدل الحكمي كان لا شيء في التخلف عن ذلك الاصل المقرر وانما تظهر المنافاة بين كون البيع هالكا والتبدل الحقيقي وبالجملة للكلام مجال في كل حال ولو اورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه

لانه اذ يعني الغرماء بالايفاء والحكمي فاشبه الاستيفاء بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهما فان كرده جاز لزوال المانع وصل حقه اليه ولو لم يكن للميت غريم آخر ... احتمل بالايفاء الحقيقي ويبرأ دينه لانه باع منه لانه ... قبل الرهن فلذا يبين واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه ... الرهن لتفصيلات تذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى **فصل قال** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع **قال** ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن للراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس **قال** ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين الفا وهذا شيوع في الدين

بحث لان مال ما ذكره ان يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى ان يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاعزاز ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل الى هنا كلامه اقول جوابه الذي عده اولى ليس بشيء لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل ان يقول الى آخره انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة ان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك ان القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اللهم الا ان يكون مراده تغيير تعليلهم المذكور الى ان يقال ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما في الرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب ان ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر **قوله** ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ اقول لقائل ان يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في اثناء ذكر دليلهما لان دليل ابي يوسف ايضا هو القياس كما افصح عنه تقرير المصنف اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور اعني قوله وهو القياس في اثناء تقرير دليلهما والجواب انه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن اصل ابي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن اصل ائمتنا الثلثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان اصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو انه لما كان دليل ابي يوسف في الخلافية الاخرى هو القياس كما افصح عنه في تقريره جاز ان يتوهم ان دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافه ههنا فنبه على ان اصلهما ايضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان اصلهم في الخلافية الاولى **قوله** والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن اقول لقائل ان يقول سبق وجوبه على الرهن ممنوع لجواز ان يكون الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متاخر عن عقد الرهن في الاستقراض وغيره والجواب ان الكلام في الالتحاق باصل العقد فالدين وان كان متاخرا عن اصل عقد الرهن الا انه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك ان زمان وجوب هذا الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا الحكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تامل تفهم **قوله** ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقبه مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح اقول ههنا نوع اشكال وهو ان الاستيفاء الحكمي الذي كان يثبت للمرتهن بقبض الرهن انما ان ينتقض بالاستيفاء

[illegible]

قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول ...

[illegible]

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب

الدين حقيقة بايفاء الراهن او بايفاء متطوع قبل هلاك الرهن او لم ينتقض بل تبقى على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك تقرر الاستيفاء الاول فقد تقرر عندهم ان المنتقض لا يعود وتقدم في الكتاب مرة

وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم ان يتكرر الاستيفاء عند استيفاء الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع وتكرره دوالي الربوا فاسد كما لا يخفى غير مرة ويمكن ان يجاب بانه غير منتقض بل باق

على حاله لكنه في قوة الزوال لا الانتقاض من الراهن على المرتهن اذا وجب الرد وعليه يتحقق الاستيفاء الحقيقي كما في الحكمي فصار كان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي بالمتعة الاستيفاء

الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فاسد لهذا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن تكلف قوله بخلاف الابراء وقال

صاحب العناية بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثمه الى هنا تفريع على جواب الاستحسان في صورة الابراء وقال الاول

ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية انتهى اقول لا مساغ عندي لان يكون قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لان المصنف قال

بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الابراء وبين وجه الفرق بين الابراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا

الى قوله ولو استوفى لزم التكرار الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك والله اعلم

كتاب الجنايات

اورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية فان الصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس الا يرى الى

قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في

اكثر الشروح وقال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان

فعله انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها مشروعة

ثابتة بالكتاب والسنة ايضا فلا معنى لتاخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما يجتنيه من الشر اي تكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه

شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء الا انه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحيوة

والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكافي والشروح قوله القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب النهاية

وجه الانحصار في هذه الخمسة هو ان القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان يكون بقصد

القتل ام لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان يكون معه قصد التاديب والضرب ام لا فان كان فهو شبه

العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير

كل واحد منها انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك ان القتل الخطأ كما يكون

بسلاح يكون ايضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة واما ثانيا فلان قوله فان كان فهو شبه العمد تفسير الشيء بنفسه واما ثالثا فلان قوله وان

لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب تام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم ان يكون القتل بسبب الترتب بل يجوز ان يكون القتل

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار

خطأ محضا ايضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة اوجه وذلك انا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة احد هولاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان **قوله** والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال جمهور الشراح انما قيد بالان انواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه اكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظيره ما قاله محمد في كتاب الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله عز وجل باطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى اقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيئا من انواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا او رجما او بقطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح ويكون خطاء ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطاء الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما يكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة بهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بان انواع القتل اكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه وحكم الشئ ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شئ مشروطا بشروط الا ترى انهم جعلوا وجوب القود من احكام القتل العمد مع ان له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي اصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ولا بالمستامن في ظاهر الرواية لان عصمته ما يثبت مطلقة بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شئ مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في انفس اوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شئ فالاظهر ان مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات وتترتب عليه احكامها دون احوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة يتناول كل ذلك **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه اي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى اقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي انه اذا تعمد ان يضرب يد رجل فاخطا فاصاب عنق ذلك الرجل فابان راسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان اصاب عنق غيره فهو خطا وجه الورود انه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده ومع انه جعل ضربه القتل العمد واجرى عليه حكم قتل النفس عمدا

لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد إجماع
الأمة **قال** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه

القود تأمل **قوله** لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر
من التعليل يشكل بما إذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما إذا رمى شخصاً بالسهم أو ضربه بسيف ظنه صيداً فإذا هو آدمي أو ظنه حربياً فإذا هو
مسلم وهذا في نوع الخطأ في القصد وكما إذا رمى غرضاً بآلة قاتلة فأصاب آدمياً وهذا في نوع الخطأ في الفعل فإن استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلاً
على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فإن قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور
استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقاً ففيما إذا رمى غرضاً فأصاب آدمياً لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل
إنما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فإن استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فإن قلت المراد
استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضربه مطلقاً وفي نوع الخطأ في القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت كون استعمال من هذه
الحيثية أمر مضمر راجع إلى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم إنه لو كان مدار
كون القتل عمداً مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل
العمد ضربه قصداً بما يفرق الأجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطة أو نار وجه إذ يلزم إذ ذاك أن يكون قيد قصداً زائداً بل لغواً لعدم
الوقوف عليه بالغرض إلا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الأجزاء فيكفي ذكره بل لما كان القيد تعمداً في الكتاب أيضاً في قوله فالعمد
ما تعمد ضربه وجه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضربه بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح فتدبر **قوله** وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم
خالداً فيها الآية أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لأن إيجاب القتل العمد المأثم والمسلم يقاد بالذمي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم
والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم إلا أن يقال الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها إلا أنها تفيد المأثم
في حق الذمي عمداً أيضاً بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظراً إلى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله فإن قيل بقي
خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وإن ارتكب كبيرة وقد علم
أن الظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالداً فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجاً عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون
المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب
أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضاً فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق المأثم
في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضاً وإلا لما لزم من استحلاله الخلود في النار **قوله** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية
إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه يعني أن ظاهر الآية يوجب القول بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد
والخطأ إلا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الأمة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجبه قود كذا في
الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال إن قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه

ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك **قال** الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها

لانا نقول لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى اقول سؤاله ظاهر الورود وينبغي ان يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم ار احدا سواه حام حول ذكره واما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز ان سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بان كان الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سواله ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسوال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المذكور فتفكر **قوله** ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى فقال في تقرير الاولى وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقال في تقرير الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى اقول فيه كلام لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم ان يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية ايضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير ان يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى يلزم المصادرة على المطلوب ايضا اذ حينئذ ان لا يفيد المدعى ما جعله حجة اولى لان ملخصها على مقتضى تقريره ان العمدية كانت حكمة الزجر عليها اكمل ولا يلزم منها ان لا يتحقق حكمة الزجر في غير العمد اصلا فيجوز ان يجب القصاص في غير العمد ايضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب ان قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح او الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات ان القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة ثم اقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو انه قد تقرر في كتب الاصول ان مرجع الادلة المذكورة في علم الفقه باسرها الى القياس وبهذا صححوا انحصار الادلة الشرعية في اربعة الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الى آخره راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الاصول فليتامل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية لجواز ان يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه حتى يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي رح لانه تعين مدفعا للهلاك كذا في الشروح اقول للخصم ان يقول لا شك انه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفي لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر ان العاقل لا يختار الهلاك لتقرر عنده تحقق الخلاص عنه شرعا باداء المال بجبر واحتمال الهلاك عقلا بعد اداء ذلك ايضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن اداء المال بعد ذلك سفها والقى نفسه في التهلكة فينبغي ان يحجر عليه ثم اقول لعل الاولى في الجواب عن قول الشافعي رح لانه تعين مدفعا للهلاك ان يقال هذا تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الاصول

ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

قال في العناية اخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضى القاتل لا يفيد ورضى الولي موجود في محل النزاع والاولى ان يكتفي في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعدها وجبر رضى القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى اقول بحثه ساقط لان قوله لان رضى القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضى الولي يفيد امرا زائدا على رضى الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضى الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية اشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضي والتصالح تاثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخير انتفى الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكينه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا ياخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا املاكهم وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص ان لو كان ايجابه في مقابلته على وجه التعيين واما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين اخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عندهم فلا تضييع بحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم تخيره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره وكان كما اذا عفا او صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه **قوله** ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل فلهذا لو اشترك حلال لان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السوال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا تناط على ما هو كبيرة محضة لا اصل المدعى وهو انه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم ان يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل او جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انما يفيد لو ورد السوال على اصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى واما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب اصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم ان لا يصلح للكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا **قوله** ولان الكفارة

فافهم

ولذا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ‌هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا يعني ان تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطا لا يعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شئ يحتمل الادنى للقدرة عليه ولا يحتمل الاعلى للعجز عنه كذا في النهاية وغيرها قال صاحب الغاية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وائل بن الاسقع قال اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلاف انتهى اقول للخصم ان يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء ان يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم ان يكون القصاص ايضا مذكورا في الجزاء مع انه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الاخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شان الكفارة ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بوجهين احدهما ان وجوب القصاص عرف بآية اخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على ان القصاص ليس من اجزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما ان القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول واما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول ايضا والظاهر ان الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم ان يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو اوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا ولانا وان حملنا الخلود على معنى انه لو عامله بعدله او على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى اقول ليس شئ من دينك الدليلين المستوفين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم اما الاول منهما فلان كون المذكور في تلك الآية جزاء القتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة ايضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص هو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك ان القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى واما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول

قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه ... مسلم ... لشبهه بالخطأ ... الا انه قتل مؤمنا ... وان الكفارة ... والحجة عليه ما اسلفناه

...الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجاز القرينة ذكر الخلود في الجزاء كما ان المتقدمين حملوا متعمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر بان يكون معنى من قتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة ان ترتيب الحكم على المشتق يقتضي علية المأخذ ولا شك ان قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فحينئذ ليس الدلالة على الاثم الا في شأن الكفر المزبور فما يلزم الشيخ اصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم اصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده انه نزل في مقيس بن ضبابة وجد اخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه ديته فدفعوا اليه ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا او المراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على ان عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى ههنا لفظ القاضي **قوله** وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ اقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطأ او الحاق وجوبها في شبه العمد بوجوبها في الخطأ واما كان يرد عليه ان يقال ان تعينها لدفع الذنب الادنى في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ ولا شك ان شبه العمد ايضا اعلى ذنبا من الخطأ المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى **قوله** والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ اقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ ان يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وان يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ وليس كذلك بل الواضح اذ المصنف قال في اوائل كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات انه روي عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله يطل فقال عليه الصلاة والسلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط ايضا ولا ريب ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ وكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس فكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل **قوله** ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال جمهور الشراح اراد به قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما رويناه وقال والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث المعنى انتهى

قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطا فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد **قال** وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان ياثم بالحفر في غير ملكه لا ياثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا

اقول فيه كلام وهو ان حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصاء الكبيرة على العصاء الصغيرة في كونهما غير موضوعين للقتل ولا مستعملين له وذلك ينكر كون القتل بالعصاء الصغيرة ايضا شبه عمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطاء اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه **قوله** والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال في تفسير الخطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعي الخطاء غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان حق صنعه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له وكان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو نحو ان يرمي او هو كان يرمي اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطاء ضربان خطاء في القصد وخطاء في الفعل فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فيصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطا واصاب غيره والخطاء في القصد ان لا يكون الخطاء في الفعل وانما يكون الخطاء في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن اخطا في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال ومن قال الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى عرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطاء في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه اخطا من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطاء في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطاء في الفعل الا ان يصدر عنه الذي قصده بل قال فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فيصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره الراد من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى العرض فاخطا بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطا مما يصور في صدور ما قصده ايضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطاء في الفعل في صورة ان سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هناك ما اجري مجرى الخطاء كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطاء اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة ان سقط من يده شيء فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما اجري مجرى الخطاء الى الكلام هنا في نفس الخطاء لا فيما اجري مجرى الخطاء فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سياتي ذكره مستقلا فيما بعد **قوله** ولا اثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف ره ان يقول يعني في كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ صلاح افراد الضمير

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة

اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتحقق المساواة **قال** ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد للعمومات وقال الشافعي
لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين
المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا
ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه **قال** والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مومن
بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي

قوله اما العمدية فلما بيناه من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل كذا في العناية وغاية البيان قال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا انتهى اقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل
على وجوب القصاص في القتل واما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا يدل عليه الاية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث
المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما افصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
وقال الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل الى آخره فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى في قول المصنف ههنا اما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
تبصر **قوله** وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان يكون
شبهة الاباحة مانعة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح
ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع
مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة
فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين **قوله** والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الاية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو
لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير
القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روي عن ابن عباس رض ان قبيلتين من العرب قتلا وكانت احداهما تدعي الفضل
على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا في الشروح اقول القائل
ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفي ما عداه الا ان تعريف المسند بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى اي لا غيرها والامير
الشجاع اي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية بما على ان
موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه الصلوة والسلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به ان الالف واللام
في قوله العمد للجنس فيفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يحمل على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف
في علم الادب وعلم الاصول ايضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فيحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر
وقد اشار اليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس **قوله** وكذا الكفر مبيح
فيورث الشبهة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لانه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فورث شبهة عدم
المساواة انتهى اقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب ههنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهرا اما اولا فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم

ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة

المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فهل لا يكون هذا منافيا لما سبق او مستدركا واما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة ههنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذمي بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذمي فالصواب ان المراد بالشبهة ههنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصاص المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا انتهى اقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله او الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح ايضا هناك وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول ههنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم اقول لعل كلمة او في قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار بمعنى الواو كما في قوله بيان كسر عنفقة او كسر عظم من عظامه فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة او وعبارة الكافي والتبيين ايضا فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والتكليف انتهى فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ان كلمة او على اصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكلفا ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من ان يكون في دار الاسلام ايضا قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مومن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المومن غير المسلم وقد اشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل لم لا يجوز ان يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه المراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لما يقتضيه العطف من المناسبة بين الجملتين هذا حاصل ما في الكافي واكثر الشروح في هذا المقام اخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث على رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن علي لما لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاستقام ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو

قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لانه يؤدي الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا كان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف الى ههنا لفظ العناية اقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص اي لا يدل الاعم على ان يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلث واما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره ايضا الا يرى انا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا امر لا سترة به ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافر اعم من الحربي والذمي لدل على ان لا يقتل مومن بشئ من افراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي رح ولم يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا له لا يقتضي تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي رح ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له لازم ايضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رايه لان الحربي مباين للذمي لا محالة وعدم دلالة احد المتباينين على الآخر اظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من ان يكون كافر في الحديث اعم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له فلان لزم من ان يقيد كافر في الحديث بحربي ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له اولى فكيف يثبت تقدير حربي على رايه وبالجملة قد صرح الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه القتل بالجر بل هو عطف على مومن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان المراد من الكافر الحربي انتهى اقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث الكافر حتى يتجه ما توهمه من ان قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرة المومن دفعا لاحتمال ان يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المومن ايضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المومن لا يقتل بذمي ايضا عند الشافعي رح فلا يسلم التقييد بحربي واما اذا كان ذو عهد مغايرا للمومن فكان المراد به هو الذمي تعين ان يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم ان لا يقتل الذمي بالذمي ايضا مع ان خلافه مجمع عليه والعجب ان كون مقصود المصنف من قوله

ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولأنه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة

والعلت لا ثمرة لما ذكرنا مع وضوحه في نفسه يشهد اليه بالتقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح قوله ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وحمله صاحب النهاية على قوله لانه ليس بمحقون الدم على التأبيد ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا انه ليس بمحقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في شأنه لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستأمنا او محاربا وهو الحق وتعيينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا الى هنا كلامه اقول في قوله وتعيينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر لانه اذا اريد هناك بالحربي ما هو اعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وجزم صاحب البدائع حيث قال واما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم وكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول انتهى قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص لعبده ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوي ان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا او ناسخا حكم الكتاب انتهى اقول الحق ما قاله الامام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار ما خص منه البعض بعدم قصاص المولى لعبده ولا لعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده عن عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من اخبار الآحاد ولكنه غير تام اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول واما اذا كان البعض من العام مخرجا بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده او عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا يتأتى في قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا اقل من ان يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في اصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البزدوي قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد لا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب انتهى اقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه فاما ان اراد تسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور واما ان اراد بها شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم قوله والجد من قبيل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا

ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها

اقول من العجائب ههنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الآباء من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب اصلا فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل اصول المقتول به وان علوا خلافا لمالك فيما اذا ذبحه ذبحا انتهى وانت ترى ان الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية ههنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في امرها **قوله** ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا انتهى اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شيء واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما اشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحبا الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رض وقال اصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح انتهى وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء انتهى وذكر هذا السوال في العناية ايضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم ان لو كان مدار السوال على احتمال ان يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا واما اذا كان مداره على احتمال ان يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السوال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس باسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوه عليه ايضا فان معنى الحديث على ذاك لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك لمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب **قوله** ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص اقول اطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وكان الاولى ان يعكس الامر فانا اذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر ان يجب القصاص للمولى عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء واما اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة احرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب فالتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره

وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض
اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن
لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولى المعتوه فلابيه ان يقتل

صاحب الكافى حيث قال فى هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال فى الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار
ولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق احد الامور الاربعة التى تمنع عن الارث كما تقرر فى علم الفرائض فلا احتياج
الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق ايضا وارثا قلت المراد بالوارث ههنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث
عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية والا يلزم ان لا يتم لتقييد الورثة بالاحرار فى الصورة الآتية ايضا مع انها قيدت بها فى
الكتاب بل فى اصل الجامع الصغير للامام الربانى قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا قال صاحب العناية و
لم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له ورثة ارقاء لعدم الفائدة فى ذكره لان حكمه حكم المذكور فى الكتاب انتهى
اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضى عدم الفائدة فى ذكره بل يكون بيان
كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة فى ذكره الا يرى ان اكثر المسائل المذكورة فى ابواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لان
يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم فى غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا
فى الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شىء يفيد كون الحكم فى المتروك حكم المذكور فالوجه فى الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك
ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلان
يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث اصلا او كان له ورثة ارقاء اولى كما لا يخفى قوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك
وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز قال فى غاية البيان قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا
لانه ذكر فى المنتقى عن ابى حنيفة ان لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة وكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص
فى بعضه بالولاء وبعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين انتهى اقول فيه نظر لانه قد مر من قبل ان اصل ابى حنيفة وابى يوسف ان
هو ان اختلاف السبب الذى لا يفضى الى المنازعة ولا الى الاختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب
عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند ابى حنيفة فى مسألة معتق البعض اذا مات عاجزا بان
المولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا
الى اختلاف الحكم فمن اين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات
ولم يترك وفاء اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسألة فى خبر قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الى آخره فحينئذ يصح
تتميم ما اجمله المصنف فى تعليله بقوله لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص فى البعض المملوك بالملك
والوارث يستحقه فى البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيتباين باختلافهما فلا افضاء الى المنازعة تامل تقف
قوله واذا قتل ولى المعتوه فلابيه ان يقتل يعنى اذا قتل قريب المعتوه فلاب المعتوه ان يقتل اى له ولاية استيفاء القصاص من القاتل

لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء. ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهذا اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه

قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول دون ابيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابيه وغيره كاخيه واخته لام من غير ابيه وكامه المطلقة من ابيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فلا معنى لتخصيص المسئلة مع عموم جزائها وصاحب النهاية اصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن افسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص انتهى واقتفى اثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلماتهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص **قوله** لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا بشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمه ولي اقرب منه فاذا كان ثمه اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول عن فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل احد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان للاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراد الشراح التنبيه على ان ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون ان يستحق القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس وله اب لا حق للاب في هذا القصاص فان الاب انما يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي انتهى وان اراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا وان لم يستحقه بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الفقه ان احدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعا **قوله** وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية انتهى وكذا ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال ولم

قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم

ان يصالح عنه بقدر الدية فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح اولى والنفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب للمعتوه قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر الى هنا لفظه اقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشائخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز ان يكون الامر ههنا كذلك الا ترى ان الشراح اخذوا التقييد ههنا من كلام مشائخنا المتقدمين من اصحاب التخريج ولا ان يصل بعض من نفس الشراح ايضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعا عرفا وعادة وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد ان يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة واما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا اخذ عوض عنه اصلا فترك بمقابلته مال وان قل اولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح ههنا ولي صاحب القصاص وهو الاب لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا ايضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم اقول بقي شي في اصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه انظر في حق المعتوه وهو ان الصلح على مال اذا كان انظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بان كون الولاية نظرية لا تستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لانه يتحقق في خلافه ايضا حصول اصل النظر بل انما يقتضي اولوية العمل بذلك ولهذا ثبت اجماعا اولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة انظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه ايضا ممنوعة فيجوز ان يكون المصالحة انظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص انظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر ودفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما اشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فحينئذ لا يلزم اولوية العمل بالمصالحة راسا فضلا عن وجوبه **قوله** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير اقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير ان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام هذين الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة

اذا كان بين كبيرين [illegible] لانه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة وفي العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا [illegible]
[illegible] مسئلة المولبين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية [illegible]
[illegible] فكل سبب [illegible] بالحديد [illegible] وليس بحقيقة [illegible]
[illegible] لو قتل بغير العصا [illegible] القصاص حتى [illegible] بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة [illegible] بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات
دليل [illegible] الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمد [illegible]
[illegible] في خلال الضربات [illegible] المقتل [illegible] فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص
عنه ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي [illegible] كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان [illegible]
[illegible] قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطاء ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه [illegible]
[illegible] عدم العمد [illegible] القصاص [illegible] المماثلة [illegible] ومنه المقصة [illegible]
في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب [illegible] بالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت الى الاضافة الى نفسه فيه اذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه

على وجه تضمن الاشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين ايضا **قوله** كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولبين قال صاحب النهاية في شرح قوله او كان بين المولبين اي واحدهما غائب واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال اقول ليس هذا الشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المص هذا المعنى لكان ذكر قوله او كان بين المولبين مستدركا محضا اذ يتبادر حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب يستغني عن قوله او كان بين المولبين وايضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله واحدهما غائب على قوله بل كان عليه ان يؤخر قوله واحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله او كان بين المولبين ان يقال اي واحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المذكورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للاخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولبين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل ان يدرك الصغير بالاتفاق انتهى تبصر **قوله** لانه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة اقول في تمام الاستدلال لعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص نفسه خفاء فان القتل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر ان القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب ايضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطاء مع انه لا شك ان الدية تتجزى لانها مال والمال متجزء بلا ريب فالاظهر في بيان كون القصاص مما لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ايضا تقريرا لدليل الامامين وهو ان القتل غير متجزء لانه تصرف في الروح وهو لا يقبل التجزي ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم ههنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة انتهى اقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة ايضا كما صرحوا مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان مرادهم ههنا وهو القرابة اما بناء على التغليب لكون اولياء القتيل في الاكثر قرابته واما بناء على انهم ارادوا بالقرابة ههنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل **قوله** واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح قال الشراح وجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغير والغائب من حيث العفو في الحال فان عدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز واما العفو في الصغير فما يوجب حال استيفاء القصاص لانه ليس من اهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا يعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للامام المحبوبي اقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور اصلا بان يكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فاني يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن الشيء فرع الشعور به حيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة ايضا فكيف يتم فيها ما ذكروه من التفرقة ثم اقول يمكن ان يدفع ذلك بانه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في

قال وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم **قال** ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبي ثلث الدية لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ثم لم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم أن يقتلوه وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر ولو شهر عليه سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما **قال** ومن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي أنه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره ولأبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما لحق المالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية **قال** ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته **قال** ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم

تلك الحالة او قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وصرتيا منه فينبغي ان يدخل في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه ايضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فبهذا الاحتمال في صورة ان كان لبعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالاجماع ولعل حل المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد اهمله الجمهور **قوله** ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة اقول كان حق التحرير ههنا ان يقول وفيه خلاف ابي يوسف ومحمد لان الحكم المذكور فيما سبق في اصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود وعند ذلك وخلاف ابي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه متعين مذهب ابي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف ههنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له احد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه وكانهم لم يتنبهوا له **قوله** لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه قال صاحب النهاية وقوله لهم اي الشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول انتهى وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول انتهى اقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف اعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الالة قاتلة وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الالة قاتلة الى آخره معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور ان لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي ان يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا الحديث لا يكون الا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تامل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية او الشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ثم لم يعملا في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف انتهى اقول وفيه بحث لان وجوب القصاص ثم كيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل باحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب ان يترك لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ان لو ثبت تاخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه او ثبت كونه اقوى منه وشيء منهما لم يثبت لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفي القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح ان يتمسك به مع ان ائمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم اقول الاولى عندي في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كلهم الا ان الشافعي يتمسك به على ظاهره فيحمل التفريق على حقيقته والاغراق وابو يوسف ومحمد يحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التفريق فيصير معنى قوله عليه السلام من غرق غرقناه اهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول انه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما امكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما تيسير بحمل التفريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر **قوله** ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش اقول في دلالة هذا الحديث على مدعى

باب القصاص فيما دون النفس

قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذا الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة **قال** ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم **قال** وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال** وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا **قال** ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وعن ابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان **قال** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش

ابي حنيفة رح في مسئلة التفريق خفا كما ترى ولم يتعرض احد من الشراح لبيان وجه دلالته على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة تامة وان امكن التوجيه ببعض من التمحلات ولعل هذا هو السر في ان صاحب الكافي ترك التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

باب القصاص فيما دون النفس لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل **قوله** لقوله تعالى والجروح قصاص اي ذات قصاص كذا في التفاسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنز اي ذو قصاص اقول لا وجه لتذكير ذو ههنا الا بتمحل ركيك لا ينبغي ان يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القران العظيم **قوله** ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من اصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما يفسد به اللثة ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن وعزاه الشراح الى المبسوط اقول اسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فان احدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد وكانهم لم يروا اصلا نعم القول الذي نقلته ههنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بثابت ان لا يطلع عليه احد من الشراح كيف وقد اخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال ولا قود في عظم الا السن فيقلع ان قلعت وتبرد ان كسرت وكان ماخذ متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو انه اذا قلع سن غيره هل تقلع سنه قصاصا ام تبرد بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري انه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الائمة السرخسي وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه يقلع من القالع واليه اشار محمد رح في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفي الزيادات نص على القلع الى هنا لفظ المحيط **قوله** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ قال صاحب الغاية قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص انتهى اقول يرد عليه ان مراد المص لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب الغاية في شرح كلام المصنف هناك بان قال يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ فان مقتضى ذلك الشرح ان لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم اقول التحقيق ان ما ذكره المصنف ههنا عبارة القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغايرا لمعنى الاخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه ان ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح عند ابي حنيفة وبما لا يقتل به غالبا عند ابي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء امكن القصاص ام لا بان لم يكن لمانع يمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع تقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمدا وكما اذا ورث الابن قصاصا على ابيه فلان تقع في العمد في الاطراف اولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد او خطأ ان الذي كان فيما دون النفس عمدا او خطأ لان شبه العمد عمد او خطأ فان ضمير هو في قوله انما هو عمد او خطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذ لا مجال لان يكون شبه العمد خطأ لا في النفس ولا في الاطراف لان تعمد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ فاذا كان معنى الكلامين في المقامين مختلفين

قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه
وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع
اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم
عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او
قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا
قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بان المراد به ان امكن القصاص بل لا وجه له كما حققته مما قدمناه تبصر قوله ولنا ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق تناول محل
النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستامن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين
انه قال قطع عبد لقوم فقراء اذن عبد لقوم اغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه
قد تقرر في علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه
بخبر الواحد واما اذا اخرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حالة الاولى ولا شك ان
مخرج الحربي والمستامن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة
نظير هذا النظر في محاله واما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما
بين الرجل والمراة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب
ان يقال ان الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبئ عن المماثلة فالمراد بها في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف
في تفسير بالتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة واشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال
وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا واشار اليه ههنا ايضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم يكن الآية
المذكورة مجراة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعها
بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القطع وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشي من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام
اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة والاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء
الاكمل بالانقص دون العكس الا يرى ان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المراة بيد الرجل ايضا والشراح كالوا في طريق دفعه طرائق
قددا فقال صاحب العناية فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر
التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك
الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة يتعلق به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل بلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف
ولا يعتبر من جهة الانقص لانه استقاط والاستقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره من ان التفاوت لما
يجب ان يعتبر مانعا مطلقا واما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص
بحكم يجب لان العلة التي اقامها على ان الثاني لا يعتبر من جهة الانقص هي انه استقاط والاستقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها
في الاول ايضا اذ لا شك انه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي ايضا بلا تفاوت بينهما فينبغي ان لا يعتبر التفاوت
المالي ايضا مانعا من جهة الانقص واما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل
قطعا فان الشرع جعل ارش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل ارش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات واشار اليه صاحب العناية

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما لحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف **قال** ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل قال** واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه

ههنا ايضا حيث قال في اثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمتنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان التفاوت اذا كان المعنى حسيا فمن له الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل مستوفيا البعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون بالرضى باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء ههنا بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم ايضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل يصير مسقطا البعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت امرا حسيا او حكميا واما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص يصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة ايضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا او حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف واما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لا نسلم ان اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضى بالناقص فيما عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء الكامل منها بدل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو لم يكن ذلك لزم ان لا يتم اصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينهما وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى وتقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين اقول وفيه ايضا بحث لانه ان اريد ان شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب امر عارضي يلزم ان يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب اصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب امر عارض وهو الشلل مع انه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان اريد ان شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع ان عبارة الجواب المذكور عنه بمعزل يلزم ان يجوز استيفاء طرف المراة بطرف الرجل ايضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في تلك الصورة ايضا مع انه لا يجوز عندنا اصلا فتامل حق التامل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما اشتمل هذا الفصل

ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير
سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله
الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على
الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق
الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمه الله في الزوجين
لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى واما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتاخيره عنه لا ذكره
في فصل على حدة فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة اتبعه ذلك في فصل على حدة قوله ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا
اقول لقائل ان يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا ايضا فيه الا يرى ان للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد ان ثبت له حق الشفعة
ولا يصح ان يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتامل في الدفع قوله واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض
سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية اقول في عبارة الكتاب ههنا فتور الاول ان كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها ههنا في
الكتاب بمن حيث قال من الدم والثاني ان يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال او صالح من نصيبه
على عوض والثالث ان عبارة النصيب في قوله او صالح من نصيبه توهم تجزي القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر ان القصاص غير
متجز فيثبت كملا لكل واحد من اولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة ان يقال واذا عفا احد الشركاء عن الدم او صالح عن حقه على عوض سقط حق
الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما هو صواب في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزية لكونها
من قبيل الاموال وكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث واما حق التعبير في شان القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب
كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى
قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل
على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح ما يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية
خاصة واما في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار ان الشافعي يقول لا حظ للنساء في استيفاء القصاص لهن حق
العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط و
الايضاح والاسرار اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه انه لا حق للزوجين في القصاص
والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز ان يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية
وحده لا بالمجموع قوله واصل هذا ان القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا اذ لو كان
مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف ايضا لقال واصل هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في
الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لان الزوجية
بعد الموت والزوجية منقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والاصل ان القصاص
حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة
لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى اقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة
ما في الكتاب بالكلية بل اراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من اساطين
الائمة ولا نسلم ان المشهور من مذهب مالك والشافعي ان ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر

ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم

في ذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفا قوله ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الاخر استطرادا كما ترى قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة اقول فيه ايضا شيء وهو ان هذا التعليل وان كان تمشي في القصاص ايضا الا انه لا تمشي فيه الى اصل حقيقة وانما تمشي فيه على اصل ابي يوسف ومحمد فانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية واما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح ان يقال من قبله انه حق يجري فيه الارث مع ان المدعى ههنا وهو قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه ائمتنا قاطبة فكيف يتم التعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين ائمتنا الثلثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه للورثة عند ابي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدر كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على اصله فليتأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكان كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى اقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اثباته في تضاعيف شرحه بما تقرر ان لا يتم هذا التعليل على اصل ابي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت ان القصاص ليس بموروث من المقتول عند ابي حنيفة بخلاف سائر الاموال مما تصرح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل الرشاد قوله واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وايد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رض بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رض ان كان منفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان المعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليهم احد منهم فحصل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم اصول الفقه

ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شئ
لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات
بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف
بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى

ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق في اسلوب تحرير هذا المقام ان لا يتعرض لحديث كون الآية
المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسئلة او ان يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجئ منا الكلام
في التوفيق بينهما بعيد هذا القول قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية
لقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يزيد على القياس المقتضى لعدمه المؤيد
بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويزيد على ذلك
بقوة اثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزى كشخص واحد انتهى كلامه اقول
فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزى عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد
بحيث تحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وايضا ينافي هذا ما سيأتي
في تعليل المسئلة الآتية من ان الاصل عندنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد
رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ
لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن ان يقتص النفس بغير النفس
كما في قوله والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما واما انه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل والمقتول
فانما يستفاد ذلك من دليل آخر الا يرى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع ان قوله تعالى والعين بالعين لا يدل
عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا ههنا تبصر قوله ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في التماثل اصله الفصل
الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص اقول فيه اشكال اما اولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال امر متعذر لاستلزامه توارد العلل
المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه واما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بان جواب
المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع
الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول ايضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ ان يكون جواب المسئلة هناك
جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على
معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا
بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المتعدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس لحق المتعدى عليه على تقدير النقصان ولا شك
ان الظلم والبخس انما يتحقق ان تحقق المماثلة الحقيقية واما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الامر
عن الظلم او البخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في احكام الشرع قوله ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد
منهم اذ هو لا يتجزى اقول لقائل ان يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهما قاتل بوصف الكمال فلا وجه

ولان القصاص مشروع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بما اقتصر عليه قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى
فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذ
سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل
متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره
الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين
سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين
فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب تستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوى
لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير
متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ
السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الى آخره ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل يعني ان القتل جرح
صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة
اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا
على قتله حنثوا انتهى اقول فيه نظر لانه لا يلزم مما ذكر ان لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على ان القتل لا يتجزى تعين ان يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز ان يضاف كملا
الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب
كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح
صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كملا مضافا الى مجموعهم من حيث هم مجموع فجاز ان يكون
مناط حنث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف واما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم اقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في
الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضر اولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة واما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر
ايضا في الكتاب فلا يتمشى شيء منهما اذ لا يتصور ان يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل اصلا انه قاتل فضلا عن
ان يقال انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور ان يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي ان يجب للباقين المال في هذه الصورة
فليتأمل قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به اقول فيه كلام وهو ان تحقيق الاحياء حكمة القصاص ومجرد
حصول حكمته لا يتم امره بل لا بد من حصول شرائطه ايضا ومن جملتها المماثلة الا يرى انه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستأمن وكذا لا يقتل
احد بولده ولا ابو ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع ان حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب القصاص في
تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه او لتحقق بعض موانعه وعند الشافعي رح ان قال فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه
قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم ان يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفي به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف
هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية قوله لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ قال صاحب العناية هو خطأ في القصد
اقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر في الكتاب ان الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في
الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا
قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي
كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع
فيه انما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة واوصاف متضادة اليه باسام
مختلفة لا التسمية لذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامي المختلفة الا يرى ان الرمي من حيث انه اصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا وكذا من حيث
انه اصاب حيوانا ومزق جلده او قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا او قتلا واذا تقرر ان اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك
الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي ايضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له ثم ان قوله وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين

فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأ ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان

متضادين ان اراد به ان الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك وان اراد به ان الكلام في ان تعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد ليس تحصيل
قطعا بتعدد الاسامي تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية و
لقائل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد ههنا والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان
مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء ظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى
المخالف لهما كالرمي لا الى معين فذلك مباح لا محالة انتهى اقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله او لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فاصاب
انسانا وكالذي نحن فيه يشعر بان يكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل
منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل
ان تبرأ يده الى اخره اقول لقائل ان يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون احدهما عمدا والاخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما
البرء او لم يتخلل كما سينكشف في الاصل الاتي ذكره فيكون قوله قبل ان تبرأ يده في وضع هذه المسألة مستدركا لتمام جوابها وهو ان يؤخذ بالامرين
جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره ان لا يكون الجواب كذلك فيما بعد ان تبرأ يده بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على
نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسألة الثانية او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم اقول يمكن ان تكون فائدة
ذكر ذلك القيد في المسألة الاولى التنبيه من اول الامر على ان تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا اعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا
تخلل ذلك اولى وبهذا ينفتح ان لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشيء بالذكر انما يدل في الروايات على اذا لم يتخلل
نفي الحكم عما عداه ان لو لم يكن ما عداه اولى بثبوت الحكم المذكور له واما اذا كان كذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق دلالة
النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسألة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسألة الثانية لاشتراكهما في اختلاف اورد لي
الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسألة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين
جميعا من تخلل البرء في البين قوله فصار كتخلل البرء قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ اقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه
المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليلين بازاء تعليلي ابي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان
ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل الى اخره واقع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا
خطأين تامل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون
للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسألة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على وفق رايه

ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قطع نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وافاد بذلك اطلاقه اذ انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال

انتهى اقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند ابي حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضي في المسألة المجتهد فيها على وفق رأيه ليس بقول ابي حنيفة فقط بل جماعة ايضا يقولون به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير ان يكون الخيار للامام عند ابي حنيفة اذا كان الخيار الاولى عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام منافية بين لعلم ان لهم الخيار فانتفى رأسا السؤال على الوجه المذكور نعم يرد ان يقال فما معنى قول ابي حنيفة في هذه المسألة بان الاولى الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بان يؤخذ بالامرين جميعا وعلة تعدد الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب **قوله** ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفوا عن نوعيه اقول اسلوب التحرير يقتضي ان يكون ما سبق دليلا تاما لهما وهذا ايضا دليلا آخر مستقلا لهما لكن لا يخفى على الفطن ان ما سبق لا يتم دليلا لهما بدون التمام بهذا الاية اذ الم يتقرر ان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل احد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري ايضا لا يتصور كون القتل احد موجبي القطع اذ لا يتحمل ان يكون القطع المقتصر موجبا للقتل ايضا تدبر **قوله** وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس قلت وكان ينبغي ان يقول وكان الظاهر ان يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي ان يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا ان موجب القياس هو الظاهر في بادي الراي **قوله** ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الوجوه الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى اقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا ان محمدا رح اجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسألة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قطعا وانما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما اشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات والمصنف ههنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسألة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه لقوله فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة ايضا فالوجه ان مراد المصنف بهذه الوجوه نفس الوجوه الثلاثة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلاثة هي المذكورة في مسألة الجامع الصغير واما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين ان حكمه كحكم ما ذكر في مسألة الجامع الصغير اخذا مما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير **قوله** افاد بذلك اطلاقه اي اعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد ان شرح المقام كذلك هذا التقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في اصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق انتهى واما عدا صاحب الغاية من الشراح فقالوا ههنا واجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم ان لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد دليل جواب العمد وهو قوله فعلى القاطع الدية من ماله فانه تبين ان مراده العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسألة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم اقول لا يذهب عليك ان جوابهم هذا ليس بسمين ولا يغني من جوع اذ لا شك ان مقصود المصنف ههنا بيان اجرا

العناية ٦

البناية دون الهداية

لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بينا ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة

محل القطع خطأ مجرى العمد في احكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب ان حكم المسألة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسألة اشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو اذن ذلك اشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله في ماله لم عن ذلك لا محالة فلا يؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف اذن بذلك اطلاقه فتأمل **قوله** لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال قال في العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت الموروث لكن ثبت ذلك شرعا لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لينصرف فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى اقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك اما الاول فلانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند ابي حنيفة واما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق ويثبت بطلانه هناك ايضا فتذكر واما الثاني فلانه لم يقع لتعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق الا يرى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث **قوله** اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان متبرعا ابتداء وذلك جائز للقاتل الا ترى انه لو وهب له وسلم جاز انتهى كلامهم واورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى اقول ان اراد ان الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا يرى ان الهبة عقد منجز والوصية عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان اراد انها في حكم الوصية في بعض الوجوه لكونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه ان لا يصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم **قوله** ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد القصاص قضية للاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام التفاوت المانع وهو بين في الرجل والمرأة انتهى اقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله والجروح قصاص في مثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبئ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص ومن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في اول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر انه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم ان ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير ارش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح قاطبة في اول هذه المسألة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضي خان والامام المحبوبي وقالوا اشار اليه المصنف بقوله ثم مات

واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في ماله لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل فعليه الدية وتقع المقاصة
ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من
ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليه لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه
بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة
لانهم يتحملون عنه فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

ولو كان الموجب الاصلي هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمراة ايضا لزم ان يكون التزوج في صورة الاقتصار ايضا تزوجا على القصاص فلزم
ان لا تتم ما صحر جوابه من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الجواب في
الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش وارش اليد معلوم فهو خمسة آلاف درهم فما المانع عن ان يكون هو المهر قلنا ارش اليد ليس بمتعين لجواز ان يكون
خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى اقول في جواب هذا السؤال ايضا نظر فانه ينتقض ايضا قطعا بالتزوج على يده في صورة الاقتصار
فان ارش اليد يصير مهرا لها هناك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعيين ارش اليد هناك ايضا ثم اقول لو قال المصنف في
تعليل صورة العمد ايضا في مسئلتنا هذه مثل ما قال في صورة الخطأ ههنا من ان يكون هذا تزوجا على ارش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف
بين الرجل والمراة في العمد ايضا عندنا واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن ان
يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج الى جوابها المذكورين في الشروح المختلفين كما بيناه آنفا قوله واذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو
فتجب الدية قال في النهاية فان قلت لم يجب القصاص ههنا على المراة مع ان القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر ان الواجب
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب ان يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار
كانه تزوجها ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا ههنا قلت نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمراة ولو ثبت
للمراة القصاص انما يستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال فان الانسان لا يتمكن من استيفاء القصاص عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح
ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء واذا سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم
يسم ابتداء انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المراة ظاهر من قول المصنف والقياس
ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من ان وجوب الدية ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة
العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فلم يبق محل السؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ههنا على المراة واما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهرا وجعل ولاية استيفائه للمراة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما افصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص
في الطرف واذا سرى تبين انه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المراة للعلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي في ضمنه التزوج فبقي
السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المراة بعد ان تبين ان قطعها صار قتل النفس واما ما ذكر في الجواب المزبور فلم يجعل اصلا الا
استيفاء قصاص النفس للمراة قطعا حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها قوله واذا كان خطأ يرفع
عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها قوله
ولهم ثلث ما ترك وصية اي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى اقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما بعد
حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم
ان لا يتناول الكلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهما جميع
ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية

وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه لان له حق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما اذا عفا ثم سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له القصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم قطع لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وهو القصاص في النفس وذلك لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو ولا اعتياض لانه تصرف فيما له فلا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وبخلاف ما اذا حز رقبته قبل البرء لانه اتمام قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق حتى يقطعه وما عفا بل الصحيح ان على هذا الخلاف اذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانه تابع للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال

انتهى اقول حاصل هذا ايضا ماذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ماترك الميت في قوله ثلث ماترك الميت بقوله من الدية تعين ان مراده بثلث الدية فيرد عليه مثل مايرد على ماذكراه من انه يجوز ان يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم ان لايتناول كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم اقول في كلام المصنف هنا احتمال آخر وهو ان يكون معناه وللعاقلة ثلث ماترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاثنتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز ان يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه ايضا انه يجوز ان يكون ثلث جميع ماله اكثر مازاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز ان يكون اكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان مايكون وصية للعاقلة انما هو مقدار مازاد على مهر مثلها من الدية لاغير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لايخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تحرير المقام ماذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث ماله انتهى تامل **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين اي في التزوج على اليد ومايحدث منها او على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني التزوج على اليد اذا كان القطع خطاء وفي التزوج على اليد ومايحدث منها او على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني اقول ليس ذلك بشيء اذ لاوجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطاء فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطاء فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا ماذكر في عامة الكتب من المتون والشروح ان يكون الجواب عندهما في العمد والخطاء في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطاء كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع ومايحدث منه او على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى **قوله** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف ومحمد رح والشافعي لاشيء عليه على ماسيجي انتهى اقول هذا الكلام منه ههنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مواخذة المصنف بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها ايضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها ايضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مواخذة المصنف انه لم يذكر تلك الصورة ههنا مع كون حقها ان تذكر ههنا فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد ومانحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس وملائمة المسئلة المتصلة بمانحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ايضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب مانحن فيه وآخر تلك الصورة عنها وان كان المقصود منه مجرد بيان حكم تلك الصورة ايضا دون مواخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجي مفصلا وبدلا فيلغو بيان ذلك الشارح ههنا **قوله** ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر ان صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمه الى المقدمة القائلة انه لايكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى اقول جوابه انه قد تقرر عندهم ان الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لايقتضي الفراغ عما وراءه راسا لجواز ان يستوفي القتل ايضا بعد القطع بان يكون له القود ويستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفراغ عما وراء القطع لايقتضي الابراء عنه ايضا لجواز ان يفرغ منه ظنا ان حقه في القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت

بخلاف ما تشبه به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل ما تقلدا كالامام او تقلد كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفي نحو فيه التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فتشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد [illegible] ان القصاص طريقه طريق الوراثة [illegible] ولهذا لو انقلب مالا يكون لهم [illegible] بعد الموت [illegible] ان ملك القصاص يثبت بعد الموت للمستحلين [illegible] ابتداء لا بطريق الوراثة [illegible] قال فان كانت الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة [illegible] وهو عفو منهما [illegible] الا انه يقلب نصيب المشهود عليه مالا [illegible] منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما [illegible] قال واذا شهد الشهود ان فلانا ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود [illegible]

شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك متقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة ان يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة وارثة له فافترقا تأمل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق **قوله** بخلاف ما تشبه به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها اقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي فقطع فسرى الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف او عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في النزاع والحجام منها دون المامور بالقطع مع انه غير الامام وانه من تلك المسائل ايضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا هنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسئلة اذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو متبرع منه كما لا يخفى فيلزم ان يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها ايضا بان يقال لما فعل المامور بالقطع ان الامر انتقل حكم الفعل الى الامر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا اضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اورده هنا بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان ادنى درجة من نفس ذلك الشيء **قوله** ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث للمجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك لان القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فيتجه عليهما المواخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر **قوله** وان كذبهما فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ويكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحتمل اجمالهم الشهادة على انهم المشهود عليه سترا عليه واولئك يحمل على نفي العلم تقادرا ودرءا لاطلاقه في اصلاح ذات البين

بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير هو قوله وان كذبها في شيء فلا شيء لهما فان كذبها في قوله وان كذبهما في شيء راجع الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وضمير راجعا الى القاتل نسخة معناه انه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لا يتصور الا بان يكون مراد المصنف في النسخة الاولى ان جملة اذا كذبهما القاتل ايضا مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقديره وان كذبهما المشهود عليه فلا شيء لهما اذا كذبهما القاتل ايضا وفي النسخة الاخرى ان جملة اذا كذبهما المشهود عليه ايضا مقدرة فيها فتقديره وان كذبهما القاتل في شيء لهما اذا كذبهما المشهود عليه ايضا لكن ليس ما ذهبا اليه بسديد اذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندي ان مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد ايضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما انه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا احدهما وحده فمراده على النسخة الاولى ان معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل ايضا اي مع المشهود عليه كما ان معنى قوله فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده اي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى يعني قول محمد وان كذبهما اذا كذبهما المشهود ايضا اي مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام قوله وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال في الكفاية وانما اول ليكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله ان يكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطيا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بالسؤال والجواب واقول هذا السؤال ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وانا اقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه ان يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان يراد به ان وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا لا فيما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في ان تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما اقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة لكمال قال في الزمان والمكان لكان اجمل واشمل اما كونه اجمل فظاهر واما كونه اشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك ايضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال احد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما ايضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه ضربه بسيف وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى قوله ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجمال الاول ههنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا اقول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله اما صادقون او كاذبون وكل ما كان التقدير

وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة **قال** واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناولان كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح

ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم بهذا معفوا عنه لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فتاويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله اولو اكذبهم ظاهر اورد باطلاقه اي بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لا يجدو لما ذكره على وجه الاستحسان اصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكره من المحذور في صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل لان توضيحه انه لم تكن بشهادة واحد منهم بالقتل بالة وشهادة الآخر منهم بالقتل بالة اخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الالة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في اصول الفقه فيحمل على الاقل المتيقن فيجب اقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف بالالة اذ لا يفيد قول المصنف في تاويل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك ما يكون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار انهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تاويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم ان يكون لغوا من الكلام والحق عندي ان قول المص ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة الى آخره وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بادنى تامل صادق يخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذكور في الكافي وهو ان الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل **قوله** وهذا في معناه قال جمهور الشراح اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين لان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هناك وكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا انتهى اقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو اولياء القتيل دون عفو الشهود كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم ان لا يشهدوا راسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم ان لا يوجب الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي ان يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والاظهر ان يقال يجامع ان الستر مندوب اليه انتهى اقول يرد على توجيهه ايضا ان يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه وكان درؤه جائزا للشهود لبعد ان عاينوا القتل بجارح عمدا لكان عليهم ان لا يشهدوا بالقتل اصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على قاعدة ذلك الفاضل ههنا اظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا اليه لكان الافضل للشهود ان يستروه طرا بان لا يشهدوا بالقتل اصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تامل ترشد **قوله** فلا يثبت الاختلاف بالشك قال في العناية يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى اقول لقائل ان يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك ايضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر **قوله** غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا قال صاحب الغاية ففي هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما

وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفصل بان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

باتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتلهما واما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار اما التكذيب في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقرار والاقرار يرتد بالرد انتهى اقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما روينا غير مرة ان القتل لا يتجزى فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه بل التحقيق في بيان معنى المقام والتنافي قد مر ان الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب ان معنى المقام هو ان كل واحد منهما اقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في البعض ما اقر به وهو القتل وكذبه في البعض الآخر وهو انفراده فيعلم مقتضى ان تكذيب المقر له في البعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي ان يقتلهما جميعا وان الغاء انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذوتها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشرح قوله وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه قال في العناية الا ان ابا حنيفة رح يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى اقول لهما ان يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد بذلك الابراء الحكمي لانه بالارتداد لما اسقط تقوم نفسه شرعا اسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان عليه في الشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده او لم يطابق ولعل تفسير المصنف قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه يرمي الى ما ذكرناه قوله وقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح قلت لعل عدول المصنف ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد رح وقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح هو ان قول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه ابا الليث ذكر قول ابي يوسف رح مع محمد رح في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع ابي حنيفة رح كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في اول المسئلة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى ان فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع ابي حنيفة رح قوله ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته قال الشراح مر ابو حنيفة رح في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف رح فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم ووجه الفرق ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى اقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا انه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي ان يصير المولى ايضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما اخرجه المولى بالاعتاق من ان يكون مالا متقوما فقد اسقط حقه في قيمته الا يرى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه

اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرجعات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبداية يجب قيمته للمولى وزفر وان كان لا تفاوت في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه **قال** ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شئ على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمي المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمي المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمي حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات

بالاجماع كما صرحوا به فعلم لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعدان ذكر الفرق المزبور من قبل ابي يوسف رحمه قال ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر ابو يوسف رحمه وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بانه صار بالارتداد مبرءا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشائخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول ابي حنيفة رحمه في ان المعتبر في حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسئلة يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الا ان المرمي اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرءا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا ابرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرءا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرءا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي وقال في معراج الدراية واصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرمي على ما يجي وكذا في مسئلة الرمي فتمجس وكذا في مسئلة المحرم على ما يجي الا انهما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد انه بالارتداد يصير مبرءا للرامي عن الضمان ولهذا قال يصير بالارتداد مبرءا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وابو حنيفة رحمه يقول بالارتداد لا يصير مبرءا لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرءا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى

قوله اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا اثر في المحل اقول لا يتوهم ان يتوهم ان هذا الكلام ههنا ينافي ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب ان معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد اشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية في الآدمي المشروعين صيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم انتهى اقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي ان يذكر الديات في كتاب الجناية كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا ان يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب ان مقصودهم ههنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا واما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من ابواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه اصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت ان يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلوة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر انواع البيع ثم اعلم ان ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره واما الشيخ ابو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات والشيخ ابو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات اصلا لان علة احكام الجنايات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطاء وفي شبه الخطاء وفي القتل بسبب وفي العمد ايضا اذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية في تسمية الكتاب بها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر

قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء

كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات فاول في الصحاح وديت القتيل اديه دية اذا اعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى اقول الظاهر من هذه المذكورات كلها ان يكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما يجي في الفصل الاتي من ان في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الراس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية واليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي اطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سياتي فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية اخرا فانه بعد ان ذكر مثل ما ذكر في المغرب وغير الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي او طرف منه سمي بها لانها تودى عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى قوله وكفارته عتق رقبة مومنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مومنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الاية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى اقول لمحل الشارح المذكور تحقيق المقام في تحريره هذا اما اولا فلانه جعل بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مومنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين العمد عتق رقبة مومنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مومنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مومنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ان الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الاخر من كفارته الذي لم يذكر في المدعي بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مومنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الثاني لهذا النص اي باخر هذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين واما ثانيا فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزي فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزي فيه الاطعام على ان تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله ولكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الى آخره بعد تفريع عدم اجزاء الطعام على ما قبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزي فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعي على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الى آخره دليلا اخر على ذلك المدعي فيجب فيه زيادة واو العطف بان يقال ولانه لم يرد به نص الى آخره كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزي فيه الاطعام كلاما مبتدأ مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في اسلوب تحريره اصلا قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء قال الشارح يعني ان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او نفي منه شيء

او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزي ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته **قال** ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح مائة من الابل ارباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رح اثلاثاً ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها عن عمر وزيد رض ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ فان ابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعاً كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به **قال** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا **قال** وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بيناه من قبل **قال** والدية في الخطأ مائة من الابل اخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماساً على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور

ومثله مخل انتهى اقول المشكل هنا ان الحرمان عن الميراث فان جزاء القتل الواقع في العمد وشبه العمد والخطأ وشبهه كما مر في اول كتاب الجنايات مع انه ليس من اهل في الواقع بعد فادنا الجزاء الآتية المذكورة فليتامل **قوله** ولكونه كل المذكور على ما عرف يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان و حيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في اصول الفقه كذا في الشروح كما قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكر الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمه وجد بيان بنص آخر او نقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا ان الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى اقول في كل من جوابيه نظر اما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف ره بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم ان لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السوال دليلا مستقلا بل يلزم ان يكون مستدركا واما في الثاني فلان اللازم المجيب دفع النقض كما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسوال ولا شك ان ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد وما رواية عدم وجوبها فيه بمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب الغاية قال في تفسير قول المصنف ره ولكونه كل المذكور اي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني اقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى ان كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده واما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فامر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير ان يقال اي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور **قوله** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا اقول لقائل ان يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي ان لا يصح القضاء بالدية من غير الابل اصلا في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في اول هذا الكتاب ومر ايضا في اوائل كتاب الجنايات ان موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها ان يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف ره فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه ان يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على الف دينار كما فصلوا في الشروح فليتامل في التوجيه **قوله** وهذا قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي ره به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال اقول فيه شيء وهو ان ابن مسعود رض وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الا ان عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان وغيرها من الشروح والمقادير لا تعرف الا سماعا فكان كالمرفوع فصار كما رواه ابن مسعود رض معارضا به فكيف يتم جعل المصنف ره مجرد رواية ابن مسعود رض دليلا على ما اخذنا نحن والشافعي ره به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود رض نعم كون ما رواه اليق بحالة الخطأ لكونه اخف يصلح ان يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في بيان الابل في دية الخطأ ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه اوفق لموضوع دية الخطأ وهو التخفيف الا ان قول المصنف ره ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله ايضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان بالحجة ففي تحرير المصنف ره هنا نوع ركاكة وكان صاحب العناية تنبه له حيث غير اسلوب تحرير المصنف في شرح

غير ان عند الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه **قال** ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا لما روي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك **قال** ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه لعمومه

هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رض لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطاء لان الخاطي معذور انتهى تبصر **قوله** غير ان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض اقول ههنا كلام وهو ان قوله هذا استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر ان الضمير به في قوله واخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهو قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح ان يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى ملك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول في دية الخطاء عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتأمل في التوجيه **قوله** ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع على القتل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة رح كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل انتهى اقول ليت شعري ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة اظهر واجلى فان للقاتل الخيار في اداء الدية من اي نوع شاء من انواع الدية لا من غير انواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يمكن القاتل من ادائها من نوع البقر او نوع الغنم او نوع الحلل كما يتمكن من ادائها من الانواع الثلثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من ادائها الا من هذه الانواع الثلثة **قوله** وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال جمهور الشراح اي هذا قوله وذكر في المعاقل اي معاقل الاصل شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رح من انه لا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه وروده ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الفي شاة او من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة في الدية عنده ايضا وذكر الجواب بوجهين احدهما يصحح الشبهة ويرتفع الخلاف وثانيهما دفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا ارى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر انفا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين احدهما انه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية اعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع اعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى اقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المذكور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن اصل الشبهة لان ماله الى ان يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احديهما قوله الاول وفي الاخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره ايضا صاحب العناية

ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه **قال** ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي
دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا
وللشافعي ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي
الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم **فصل** فيما دون النفس **قال** وفي النفس الدية وقد ذكرناه
قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب
الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق
بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود
وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت
منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء الاكثر تجب حكومة
عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق
الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له **قال** وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات
منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها
العقل والكلام والسمع والبصر **قال** وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال **قال** وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رحمه الله تجب فيهما حكومة
عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال و
في حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال
واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر **قال** وفي الشارب حكومة
عدل وهو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان
اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال

بعد بيان ذينك الوجهين ورد احدهما حيث قال وحمل بعض مشائخنا على ان في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار رده احد ذينك الوجهين على ان يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بان يخص القول منه في ما تشكك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والا لا يتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم **قوله** ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه اقول لقائل ان يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل وتبعه العيني اقول لمانع ان يمنع بطلان اللازم فلا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام الا يرى ان القصاص يجري بين العبد والمرأة في النفس ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية ايضا

فصل فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فالتبع ذكر حكمها ايضا تحقيقا للمناسبة **قوله** اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى اقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي ههنا ان يقال فالحقنا به غيره دلالة **قوله** ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الالفاظ التي يتهجى بها الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم والذي من اقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في اول اخذ واوسط سال وآخر قرا لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ الف اذ هو مركب من ثلثة اجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فمنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتهجى بها اسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في اول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح ان يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحروف في معنى الكلمة كما نص عليه ايضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف رحمه الله ايضا جار على ذلك الاصطلاح السائغ فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك ان النهاية من الحروف انما يعرف بالامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما تقع

وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه الامر
وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي
العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية **قال** وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام **قال** وفي كل واحد من هذه الاشياء
نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت
احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قال** وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس
فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بيناه **قال** وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال
رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى
والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم
فيه كذلك ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة **قال** وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل
اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها **قال** والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة
فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا
قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع **قال** وفي كل سن خمس
من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء
ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات **قال** ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه
دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو
احدبه لانه يفوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر **فصل في الشجاج** **قال** الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم

بهما في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي ان طرفا قطع رجل لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية
بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فتدبر واهاهنا في العبارة والارادة على وفق ذلك فتفقت
قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الاجمال اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على
ثلثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب ان مراده بقوله لانه ليس
بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلثة اقسام في سياق كلامه اعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة **قوله** والاسنان
والاضراس سواء قال في الغاية قالوا فيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس
يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب
تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى الطواحين من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان
تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء العودة الى معنى ان يقال العشان وبعضها سواء
انتهى اقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في اوله والصواب ان يقال وفيه اشارة الى ان ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح ان
يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع ان تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت
متبع في علم البلاغة وله امثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملئكته ورسله
وجبريل وميكال فجاز ان يكون ما نحن من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وما عداه من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص
على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من افراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله او يقال والانياب والاضراس كلها سواء
معارض بمثل ما اورد على ما في الكتاب فان الاضراس تعم الانياب ايضا كما افصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان
وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى ان يقال الانياب وبعض الاضراس او الاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الايراد على ما في
الكتاب فلا معنى لان يكون ذاك صوابا دون ما في الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا ان يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث
او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها
سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

فصل في الشجاج لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائلها اسماء واحكاما ذكرها في فصل على حدة كذا في الشروح قلت
لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل في ما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من انواع ما دون النفس وذكر سائر انواعه

والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ **قال** ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص **قال** ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص **قال** وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رح **قال** وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف رح وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذه شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة تفرد بحكم على حدة

التي سيجي في الفصل الآتي في فصل آخر ايضا لكن احسن واوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى **قوله** والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم اقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حتى قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرح مختصر الكرخي الا انه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال ابن عبيد الدامية هي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم فاذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجي من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم اقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم ان اول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي يشق الجلد ماخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق والاذمية ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره الطحاوي وذكر شيخ الاسلام ان الدامية هي التي تسيل الدم اكثر ما يكون في الدامية من السيلان ماخوذ من دمع العين وكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يسيل الى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجب من الالم الى هنا لفظ المحيط تبصر **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه اقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف نوع قصور وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتاخرين فيه لان قطع الجلد متحقق في الصورة الاولى ايضا سيما في الدامعة والدامية اذ الظاهر ان يسيل من انظار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط الباضعة وهي التي تبضع الدم اي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وضع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الا انها لا تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا يشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه قال في الكتاب والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلناه عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكافي حتى يلزم الاشتباه بل يريد عليه الاشتباه وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم اي هنا قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلاءم وتتلاصق انتهى وقال في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي اخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاحمة اخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى **قوله** وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل الشراب اليه كان مفطرا او ما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة ههنا في مسائل الشجاج وقع

ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر و
انما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغا
وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا
مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس وجوف البطن وتفسير حكومة
العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان
ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل**

اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية اقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا ان المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة
تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن يعني انها لما تناولت ما في جوف الرأس ايضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج
باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص
بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى اقول ليس لهذا الكلام وجه اذ لا شك ان كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في اول كتاب
الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتي
في هذا الفصل حتى قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية انفسهما ايضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم التي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه ايضا عندنا خلافا
لمالك فما قال المصنف رحمه الله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى ان يقال وكذلك الرأس بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا
بكل من العطف وارادة التشبيه يقتضي المغايرة ومحالة **قوله** ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة قال بعض الفضلاء دليل
عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة في قوله ولانه تسامح انتهى اقول ان اراد انه دليل على ذلك اصالة فهو ممنوع وان اراد انه دليل اصل له على عدم وجوب
ارش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة ايضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله في
قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله
ولانه انما ورد الحكم فيها الى آخره دليلا على ذلك ايضا اصالة كان حق الاداء ان يقال ولانه بلا تسامح ايضا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافي
ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما لان الشين ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي
يلحقهما ببقاء اثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى **قوله** الا ان عندنا
هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان يفترض غسل اللحيين
في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية
ايضا واما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة
بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول في الجواب اشكال عندي لان اللحيين اذا كانا من الوجه على
الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في اصول الفقه ان الاجماع
لا ينسخ الكتاب والسنة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس وجوف البطن اقول فيه كلام وهو ان الجائفة ان تناولت ما في جوف
الرأس ايضا فالتي في جوف الرأس منها ان كانت من احد الانواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الانواع باسمائها
وبيان حكم كل واحد منها وان لم يكن من احد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ يكون الشجاج حينئذ احد
عشر اللهم الا ان يقال هي احد تلك الانواع وهي الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع احكامها لبيان حال
قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى
فصل لما كانت الاطراف دون الرأس لما حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها اقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل انها غير منحصرة

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع
اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم
يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع **قال** وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه
لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في
اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاث اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم و
للاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية **قال** وفي
عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب
الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه
بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ **قال** ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية

في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يتمشى في البعض منها دون الكل فالاوجه عندي
ان يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان اوردها المصنف رح في
فصل على حدة واخرها عن الفصلين المارين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتاخيرها عن سائر الفصول ثلا فيها الماتات
فيها الا انه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد ايضا اعتمادا على فهم الناظرين **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية
اي في اصابع اليد الواحدة وهي خمس اصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتصار في حصول العلم بمسئلة بل كان
لا بد فيه من التصريح بها للزم ان يذكر ايضا ان في الاصبعين عشر الدية وفي ثلث اصابع ثلثة اعشار الدية وفي اربع اصابع اربعة اعشار الدية الى غير ذلك من
المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة ههنا ليس لبيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطية
للمسئلة اللاحقة اياها وهي قوله فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية فالمقصود بالبيان ههنا ان قطع الاصابع بدون الكف ومعها نصف الدية **قوله**
ولان في قطع الاصابع تفويت جنس البطش وهو الموجب يعني ان في قطع الاصابع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ففي تفويت
نصف منفعة البطش اللازم من قطع اصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها اقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا لكان حق قوله
وهو الموجب ان يؤخر قوله على ما مر فاذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم ان يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس في ذلك تعرض لما
هو الموجب للدية حتى يشار اليه ههنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية ههنا قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة
الا انه على ما مر في فصل فيما دون النفس انتهى اقول هذا ابعد مما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة
الا انه مما لا فائدة له اصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع اصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون
مجرد ازالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف رح ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكر في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق
تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضوا فاذهب منفعته بدون
ان يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تاثير تام وفائدة ظاهرة هناك ثم اقول الاقرب الى الحق عندي ان يكون
قول المصنف رح ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في اوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي انتهى فان الظاهر منه ان الموجب
للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة او ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه ههنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب
على ما مر **قوله** ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان يكون لكل واحد
من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها ان يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلاميه
في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحرير المصنف ههنا فقال لهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل فيه

لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا

قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رح ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا

البطش الاصابع والكف تبع لها اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى ثم اقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف رح ايضا بنوع عناية وهو ان يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش بها اي لان اصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي ان يكون للكف ايضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع **قوله** لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات اقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من انه قد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم في ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتامل **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط قال صاحب النهاية اي لو نبت الشعر والتامت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ ثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى اقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشئ اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة لفوات جزء من الشعر لا لمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد امر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكر في فصل الشجاج ان لا اشتراط في وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت من بعد اصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم اي تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك ان اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما ينبت فيه الشعر وكان اشتراط ان لا ينبت الشعر بعد البرء اصلا في وجوب ارشها امرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف رح وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شئ وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شئ الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات **قوله** وجوابه ما ذكرناه قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشتمل من الاول بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف رح وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه **قوله** فدخل الجزء في الجملة لان بعض الجزء انما يوجد في صورة فوات شعر راسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكونه مراد المصنف رح بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرح قوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة في الدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى ان هذا المعنى مختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر راسه كما ان قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان الثاني اشمل من الاول والوجه عندي ان يكون مراد المصنف رح بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرنا مجموع ما ذكره في تعليل المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى **قوله** وجه الاول ان كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء قال في شرح الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رايت في المنتقى وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف بين احد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب ارش اليد كما لو مات

وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به **قال** في الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين **قال** وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي لم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال اشج موضحة واترك الزيادة وفي الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احداهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه السارية فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا **قال** وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا وزفر والحسن رح يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة **قال** ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة رح لو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين **قال** ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم تفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال **قال** ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى

والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى اقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها ايضا على عضو واحد وهو اليد مع انه لا يدخل ارش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغائر العضو اليد فيكون الجناية فيها واقعة على العضوين فذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل في مسئلة الشجة ايضا عضوا مغائر المحل الشجة حتى يكون هذه المسئلة ايضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر فلا بد لمن حاده الهندواني صحيحا من الفرق ههنا لا يخلو عن الانتقاض ايضا فتامل **قوله** ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن قال صاحب العناية قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا يرتسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر انتهى اقول يمكن ان يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى **قوله** وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل اقول لقائل ان يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فيدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما اسلفه ان يجب في الكل كما ارش الكل اذ سبب الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم الا ان يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة ههنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكره ههنا وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه اجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر **قوله** ولهذا يستأني حولا بالاجماع اي يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التتمة ان سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا ان قبل البرء لا يقتص ولا يحال الى الارش لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب النهاية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف ره وانما الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستئناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى اقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع ما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشائخنا قالوا اي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشائخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف ره بالاجماع في قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشائخ وانتفاء احد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر الا يرى ان المشائخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اتفاق المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه ان يكون من هذا القبيل كما يشير اليه ما ذكره في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف رح رواية ابن سماعة قال ابو يوسف ره رجل قلع سن رجل لا انتظر بها حولا وانما انتظر بسن الصبي واقتص عليه بارشها

ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا
وكذا لو احمر او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم وهو حكومة
عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب وثمن الدواء لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول
ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا
لم يبق اثره فهو على الخلاف الذي مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها
بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان
الموجب قد تحقق فلا يبطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه
قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا
الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع

وذلك لان نزع السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل خواهرزاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في المجرد ولو نزع سن صبي فينبغي ان يتانى
يأخذ ضمينا عن النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت سنة ولم تنبت اقبض له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ
والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر ان المصنف رح ايضا ذهب اليه فقال ولهذا
يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع لما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يحمل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر
مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير صحة الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية
قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة **قوله** ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله قال في الذخيرة و
المحيط اوجب محمد رح كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى او من العوارض التي ترى قالوا يجب ان يكون
الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان
السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم يفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهكذا ذكره الشراح ههنا وعزاه
اكثرهم الى الذخيرة فقط واورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه خالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من ان الجمال تابع في العضو الذي
يقصد منه المنفعة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها ايضا في الجملة وانما
المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكروه قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة اصالة كاليد ونحوها
فلا منافاة **قوله** لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر آنفا انتهى اقول هذا النظر
في غاية السقوط اما اولا فلان هذا الحديث كما روي موقوفا على ابن عباس والشعبي روي ايضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه
هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف رح في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي عليه الصلوة والسلام
على ما روي مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف رح ههنا كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على ما روي موقوفا ايضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام
لانه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول
ومر في الكتاب مرارا فصح قول المصنف رح في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية انه قال وقد مر آنفا والذي مر منه آنفا
يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد رح بن الحسن في موطاه وقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن
مسعود عن ابن عباس رض قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على انه رواه عن
النبي صلى الله عليه وسلم صيانة عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى **قوله** غير ان الاول يجب في ثلث سنين
لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد اقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف رح قال في اوائل كتاب
الجنايات آنفا ان من موجب شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان
الاول ههنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة بمقتضى الاصل المذكور ههنا مع انه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه ان يترك قيد

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى الزيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين **قال** واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رح وهي على العاقلة عندنا اذا كانت قيمتها خمسمائة درهم

ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب بما لا ولقد اصاب فيما بعد حيث قال ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد **قوله** واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين قال صاحب العناية كان حكمه قد خرج من الضابطة الكلية ذكره لبيان خلاف الشافعي رح انتهى اقول اعتباره هذا ليس بسديد اما اولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداية ايضا بدون بيان خلاف الشافعي رح اصلا فكيف يصلح بيان المصنف رح في شرحه خلاف الشافعي رح لان يكون عذرا عن ذكره حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل تتبعه العاقل بمثل ذلك الاعتذار واما ثانيا فلان خلاف الشافعي رح ليس بمختص في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل في العمد اصلا بل يخصصه بالخطأ كما تفصح عنه تعليله المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي العمد وحكمها التاجيل مطلقا كما صرح به المصنف رح بقوله غير ان الاول يجب في ثلث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي رح لا يقتضي افراد حكم هاتيك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة بالكلية فلا تمشية للاعتذار المذكور اصلا

فصل في الجنين لما ذكر احكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان احكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكونه منفردا بالحيوة معدا لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فاما بعدما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي **قوله** وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم اقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد ان قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر ان دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة وقد نص عليه ههنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته ان لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف رح ولم يتعرض قبله لتفسير عشر الدية بعشر دية الرجل **قوله** والقياس ان لا يجب شيء لانه لا يتيقن بحيوته قال في العناية وكثير من الشروح تتميما لما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى اقول يرد على هذا البيان انه انما يتم ان لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز ان يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمي صالح للحيوة كما يجب في اتلاف سائر اعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والظاهر في البيان ههنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء لانه لا يكمل ارشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا يتقوم انتهى تدبر **قوله** والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا النقصان الام ان يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله او معد للحيوة في تقرير السوال حيث قال كونه معدا للحيوة ممنوع لجواز ان يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينبغي استعداده للحيوة ولقد اشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحيوة فيجعل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تدبر **قوله** وهي على العاقلة عندنا اذا كانت

وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندى من لا صاح ولا استهل
الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته
ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة

خمسمائة درهم اعلم ان الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد اعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح ايضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن القدوري وردوه بما رده صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم فينبغي ان يكون اذ بسكون الذال بلا الف بعدها يعني انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة درهم فيما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد ان نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى وكانه ارتضى التوجيه الثاني اقول التوجيه الثاني ايضا مردود عندي اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به انفا حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عندنا وعند الى خمسمائة درهم فما فوقها فان مثل ذلك كله في مال القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه ايضا ثم اقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو ان يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بان يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على الثبات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان انثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن ان تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى **قوله** وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء اقول في تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لابد من ان يكون البدل اقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد قيل هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن ان يقال ان مذهب مالك ان لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان اقل من ثلث الدية كما صرح به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تامل تقف **قوله** ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه اقول في الاستدلال على انه بدل النفس بتسمية النبي عليه الصلوة والسلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء دية الا ترى الى ما مر في فصل ما دون النفس ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم وكتب له ايضا وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية الى غير ذلك فليتامل في الدفع **قوله** الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة قال صاحب الغاية قول المصنف رح هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة فكانه يقول اذا كانت الغرة اقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لان في جنين الامة لا دية على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى اقول فيه نظر وساقط لان قول المصنف رح الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على انها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا ايضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور انها تعقل خمسمائة متعلقا في الجملة لا انها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف رح الا ان العواقل لا تعقل فيما دون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى اقول

ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما ذكرنا إن شاء الله تعالى غير معتبر لا اعتبار له **قال** فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى **قال** ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك **قال** ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه إذ المانع متعنت فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام **قال** وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفا ولا ميزابا إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى رضاهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما **قال** وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته لأنه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما لأنه يصير كالدافع إياه عليه وإن سقط الميزاب نظر فإن أصابه ما كان منه في الحائط فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه وإن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتبارا للأحوال ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه لأنه متعد فيه ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته

وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذا من النهاية وورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فإن مضمون إيراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة هنا ولم ينظر بجواب إيراده أصلا والذي ذكره في شرح تاج الشريعة هنا هكذا فإن قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من إضمار فيصير كأنه قال في إتلاف الجنين غرة والشك وقع في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه لعل صالح **قوله** ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها أقول لقائل أن يقول إن أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من أنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم وإن أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعانا دافعا لما قاله الشافعي رحمه الله من أنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل فليتأمل

باب ما يحدثه الرجل في الطريق لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسببا وقدم الأول لكونه أصلا لأنه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعا فكان أمس حاجة إلى معرفة أحكامه **قوله** ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما هو في معناه إذ المانع متعنت أقول هذا المقام محل الكلام فإن المدعي هنا وهو إباحة الانتفاع بالأمور المذكورة آنفا للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الأئمة ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى إلا على أصل محمد رحمه الله أما أولا فلأن قوله فيلحق به ما هو في معناه ليس بتام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله عليهما كما صرح في الشروح وعامة المعتبرات أن عندهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنع القائل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام لأن فيه الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره وإن لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح إلحاق ذلك به وأما ثانيا فلأن قوله إذ المانع متعنت ليس بتام أيضا على أصلهما قطعا إذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا إلى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه فتبصر **قوله** وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف رحمه الله هذا مستدرك لأن ما مر آنفا من لفظ مختصر القدوري وهو قوله وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في أول الباب أما للميزاب فصراحة كما ترى وأما لغير ذلك فلعموم قوله أو نحوه فلا حاجة إلى ما ذكره المصنف رحمه الله هنا بل لا وجه له لفظ وكذلك سيما بالنظر إلى الميزاب تأمل **قوله** وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة أقول فيه نوع تساهل لأن جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما إذا عطبت به دابة تجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب

ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن

وهو غير متحقق في قوله او عطبت به دابة اللهم الا ان يكون المراد بكلمة كذا ههنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخامس المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بنقضه انسان وقوله او عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل **قوله** ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ قال شيخ الاسلام هذا على وجوه ان قال للاجراء اخرجوا الجناح ابنوا جناحا لي على فناء داري فانه ملكي او لي حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر لانه غره كذا هذا وان قال للاجراء اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح القديم او لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فكذلك على جواب لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاز له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر وكذا لو استأجرهم ليبنوا بناء في وسط ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على المعنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكره جمهور الشراح ههنا اقول هذه الوجوه في هذه المسألة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام واقتفاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا اخبرهم بانه ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سووا بينهما في وضع المسألة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح في القديم او لم يخبرهم والثاني انهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث امره غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع ان مدخلية هذه الحيثية في فساد امره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد امره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية فيجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل امرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك انه مملوك له من حيث الانتفاع له به كما صرحوا به فكيف يفسد امره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث انهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الاجراء ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر والظاهر منه ان يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الامر ابتداء مع ان الفقه يقتضي اولوية كون الضمان في الوجه الاول ايضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الامر انه ملكي او لي حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم اقول تقرير المصنف في هذه المسألة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح ههنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يأباه جدا فان المصنف رحمه الله جعل المسألة على وجهين جعل احدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم احدهما مخالفا لحكم الاخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب

ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ الفراغ عما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر

فما اذا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى ان هذا التعليل يقتضي ان يكون الضمان عليهم وان لا يرجعوا به على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا اي في الوجه الاول ايضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا اخبرهم الآمر بان له حقا في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك بمنزلة سواء قطعا ويقتضي ان لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده بقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا للامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بامر الآمر فما كان وجوب الضمان عليهم بامره بل كان بفعل انفسهم ويقتضي ايضا ان لا يتم تنظيرهم الوجه الاول بما لو استاجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا انتهى ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا يتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا اشبه بذبح الشاة وسيجيء من الشارح ايضا يعني صاحب العناية اقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل احد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو اما ان يكون مباشرة من الفعلة او من الآمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شئ منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر وجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به احد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده والذي سيجيء من الشارح ايضا لا يؤيده وان يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية واما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا الفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى قوله ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش اقول في تحرير المصنف ره ههنا شئ وهو ان الظاهر من قوله فيما مر آنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء ان مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكر ههنا الصب في اصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة ويمكن ان يعتذر عنه بانه انما فعل هكذا ايماء الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بمغايرتهما ماخذا من قبل قوله واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر انتهى اقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على ان الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب ان الفناء للمستاجر الا انه يدل باطلاقه على ان الجواب في موت الانسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الاجير ولم يتعرض له

وفي الجامع الصغير اذا وضع بحفرها الرجل في طريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأى الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال وان استاجر اجراء فحفروا له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فترجح جانبه

الشارح ايضا فتبصر قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله او اجبره كالعطف التفسيري انتهى اقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الامر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد امر الامام ليس باكراه فحينئذ يكون قوله في الجامع الصغير او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم ان كونه اكراها قول مختار فالظاهر ان الامر ههنا كناية عن الاذن لا يستلزم الامر الاذن وعطف الجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك ان مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به في عامة المعتبرات فيكون قوله او اجبره عليه مسئلة اخرى لا محالة واما كون قوله او اجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة او ومعناه ايضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقي لنا شئ في قول محمد ره او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا اجبره عليه فما فائدة ذكر قوله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك نعم لو قال فان اجبره السلطان على ذلك او امره به لكان احسن لكون الثاني من قبيل الترقي تامل تفهم قوله وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره قال عامة الشراح اراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من اول الكتاب الى ههنا من اخراج الكنيف او الميزاب او الجرصن الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البير وزاد صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا اراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع اقول و ما ذكره من اول الباب الى ههنا صب الماء في الطريق وكذا رش الماء والتوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر احد من الشراح ايضا شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده وان عموا ان الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا الى آخره ويمكن ان يعتذر عن الثاني بان الكلام ههنا فيما فعل في طريق العامة وقد حمل الشراح مسئلة استيجار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه ههنا واراد وا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما عدوه في الكتاب بناءها في طريق العامة او انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استاجر الغير لفعله فلم يقدروا اما استاجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه ههنا واراد وا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر ان الجواب على التفصيل المذكور وهو انه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير امره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار ايضا وفيما فعل باستيجار الغير لفعله ايضا فلا فائدة في التخصيص بل لا فائدة له فتفكر قوله وكذا اذا حفر في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها اقول يرد عليه انه ينافي ما ذكر ٦٩.
في ما مر من المسئلة المقررة الجميع عليها وهو قوله واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتامل قوله وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه قال جمهور الشراح في تفسير قوله او كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر لاحد او اذن له الامام في ذلك اقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل اما في الاول فلان قول المصنف ره اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا الى آخره يأباه جدا فان عدم الضرر لاحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة من المسلمين او مشتركا ايضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه واما في الثاني فلانه اذا اذن له الامام يجوز

وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن

له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر انفا ولا شك ان مراد المصنف ره بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذا اذا حفر في فناء داره هو ان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام ايضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا اذن في حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام ايضا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له ان يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي اما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول قد زاد ذلك الشارح نغمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله او كان له حق الحفر فيه بان قال او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في ان يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه ان التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم اقول الصواب عندي ان معنى قوله او كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه او كان مما استاجره للانتفاع فيه او نحو ذلك فحينئذ ينتظم السابق واللاحق بلا غبار كما ترى **قوله** وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف ره تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله انه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا بحيث علموا انتهى اقول ليس هذا السديد لان مدار زعمه التسامح في عبارته على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك انه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المامور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر ان ما ذكره المصنف ره تعليل مفيد واسع ليس بمثابة ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بان ذاك هو المناسب **قوله** فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا معنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه ملكا له لانطلاق يده في التصرف فيه الى آخره قال في العناية اخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وبهذا اللفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى اقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا واما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا ان معناه ان مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به واما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي واستحسنه الرضي وفيما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف ره في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك واما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر ان المراد به ليس لي ذلك من القديم الى الحال لا ان ليس لي ذلك في القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم اقول الحق عندي في الجواب ان يقال يحتمل ان يكون المراد

وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه **قال** واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله **قال** وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله

بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على ان يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز ان يكون فناء داره حق عامة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من اطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل احد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي ايضا قول المصنف في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين اما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر اصلا اي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر واما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة او في الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولانه لو فعله بنفسه فتلف به انسان او بهيمة يجب عليه الضمان **قوله** وهذا اللفظ يشتمل الوجهين قال جمهور الشراح اشار المصنف رحمه الله بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن واراد بالوجهين في قوله يشتمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق اقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف رحمه الله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين احدهما انه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشتمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوطه ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما انه لو كان مراد المصنف رحمه الله ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشتمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتاخير بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا امر داع اليه وقال صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشتمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى اقول ان قوله ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وانا العجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف رحمه الله ذلك المتفطن النحرير على ما يأباه من له ادنى دربة باساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف رحمه الله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي ايضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد ان نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى اقول رده مردود اذ لا يخفى انه يتصور ان يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة ايضا فيتحقق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك ان تقول المراد قوله فسقط فعطب به انسان يعني ان هذا اللفظ يشتمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه الا يرى الى دليله الى هنا لفظه اقول كل من مقدمات كلامه كاسد اما قوله يعني ان هذا اللفظ يشتمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون ان يكون له تاثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له ادنى تمييز فضلا عن المصنف رحمه الله الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه واما قوله الا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الا يرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع

وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مرّ فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

مع كون النتيجة خاصة **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين اي فيما اذا فعل ذلك احد من العشيرة وفيما اذا فعله احد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام او لا العشيرة او عدمه اذ منها وتبعه الشارح العيني اقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المصنف رح فهو على الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيما خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق اقول في تقريره فان الاختلاف بين اصحابنا انما هو في انه اختلاف بين اصحابنا او لا فعلى قول ابي بكر الرازي قول بعضهم وابي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس او تعليم الفقه او الاعتكاف او قعد لذكر الله او يسبح او ليقرأ القرآن فعثر به انسان فمات واما فيما اذا قعد لحديث او نام فيه او قام فيه لغير الصلوة او مر فيه مارا فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه بلا خلاف من احد اصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب ان ما ذكره المصنف رح هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب الكافي على الاطلاق وهو اختيار بعض اصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف رح بيان لذلك انتهى اقول في كل واحد من سواله وجوابه سقامة اما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلوة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة والمرور فيه مارا واما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف رح شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الخلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما اقول لا نسلم انه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز ان يكون مختار المصنف رح ايضا ما اختاره ابو بكر الرازي فبنا على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى اقول لعل سر ان المصنف رح لم يقل كذا هو ان ما ذكره من الصور يشتمل على ما ليس من جنس العبادة ايضا ولم يقل احد بانه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف رح مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلف كلامه كما اختل كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم ان يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق ايضا فقال فهو على هذا الاختلاف بالنسبات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الماء اختاره ابو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تامل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن **قوله** لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الى آخره اقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما من بعض من المسائل المذكور كالنوم في المسجد والمرور والقعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلوة ولا من الانتظار للصلوة فلا يتم التقريب

[illegible]

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت

فصل في الحائط المائل لما ذكر احكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة او تسببا شرع في بيان احكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل ولو كان من حقه ان يذكر بعد مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الجناح والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا اتى بلفظ الفصل بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها **قوله** الا ان التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء والذي يتمكن منه لا يصح التقدم اليه اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم على احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين احدهما انه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجه ما ذكر هناك واما جواب القياس فيه فهو ان لا يضمن احد من الورثة شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح ايضا فيما سيجيء وثانيهما انه يجوز ان يكون المراد ههنا عمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده او مع مشاركة غيره وعمن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه اصلا واحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا انه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا اشكال **قوله** والضمان في مال اليتيم اقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب لكن الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم ههنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق **قوله** لما ان التالف بنصيب من اشهد عليه معتبر ونصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فالقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل اقول كان مدعاهما عاما للفصلين اي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلثة كما افصح عنه المصنف ره بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص بالفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف ره من قبلهما وفي مسئلة البير تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي غيره فالقسم نصفين انتهى والجواب من جانب المصنف ره ههنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا انه يعم الفصل الثاني ايضا بدلالته كما لا يخفى على ذوي فطانة فاكتفى بذلك ولو لا مدار الكلام ههنا على الاكتفاء بانفهام تمام المرام لكان ما زاده صاحب الكافي ايضا قاصرا عن افادة تمام المدعى ههنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البير وحدها بل هو مسئلة حفر البير وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البير دون بناء الحائط كما ترى

باب جناية البهيمة والجناية عليها لما فرغ من بيان احكام جناية الانسان شرع في بيان احكام جناية البهيمة ولا شك في تقديم الانسان على البهيمة مرتبة فكذا ذكرا كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد عليه انه لم يفرغ من بيان احكام جناية الانسان مطلقا بل بقي منها احكام جناية

ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه
لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل
والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا
في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان لم يضمن وان كان
حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف
الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه
الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا
الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد
ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ
ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه

المملوک ولاشک ان المملوک من الانسان ایضا مقدم علی البهیمة رتبة فکان ینبغی ان یقدم علیها ذکرا ایضا فلم یکن القدر المذکور من التوجیه کافیا
فی افادة حق المقام وقال فی غایة البیان وکان من حق هذا الباب ان یذکر بعد باب جنایة المملوک لفضیلة النطق فی المملوک ولکن لما کانت البهیمة
ملحقة بالجمادات من حیث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما یحدثه الرجل فی الطریق من الجرصن ونحو ذلک انتهی اقول یرد علیه ایضا انه
لو کان هذا الباب ملحقا بباب ما یحدثه الرجل فی الطریق من الحیثیة المذکورة لما ذکرت مسائل هذا الباب فی باب مستقل بل کان حقها ان تذکر فی فصل
کما قالوا فی فصل الحائط المائل **قوله** ولا یضمن ما نفحت برجلها او ذنبها قال الشراح قاطبة یقال نفحت الدابة شیئا اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهایة
بعد ذلک کذا فی الصحاح والمغرب واقتفى اثره صاحب الکفایة ومعراج الدرایة اقول کون المذکور فی المغرب کذلک مسلم فانه قال فیه نفحة الدابة
ضربته بحد حافرها واما کون المذکور فی الصحاح کذلک فممنوع اذ لم یعتبر فیه کون الضرب بحد الحافر بل قال فیه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم اقول
یبقی اشکال فی عبارة الکتاب وهو ان الذی یظهر مما ذکر فی کتب اللغة ومما ذکره الشراح ههنا ان لا یکون النفحة الا بالرجل فیلزم ان لا یصح قوله
او ذنبها فی قوله ولا یضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه یقتضی ان یکون النفحة بالذنب ایضا بل یلزم ایضا استدراک قوله برجلها لان الضرب بالرجل
کان داخلا فی مفهوم النفحة لا یقال ذکر الرجل محمول علی التاکید وذکر الذنب علی التجرید لانا نقول اعتبار التاکید والتجرید معا بالنظر الی کلمة واحدة فی
موضع واحد متعذر للتنافی بینهما کما لا یخفی علی الفطن بل التاویل الصحیح ان یحمل النفحة المذکورة فی عبارة الکتاب علی مطلق الضرب بطریق عموم المجاز
فیصح ذکر الرجل والذنب کلاهما بلا اشکال تامل **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بیدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بیدها دون رجلها
هذا لفظ القدوری فی مختصره قال المصنف ره والمراد النفحة وقال صاحب النهایة فی شرحه ای من قوله لما اصابت بیدها او رجلها وقال انما فسر بهذا لانه
کان یجوز ان یراد بقوله لما اصابت بیدها او رجلها الوطی وقد ذکرت انه یضمن فیه السائق والقائد من غیر خلاف احد وانما الاختلاف فی النفحة ولو لم یفسر بهذا
لکان یتردد ان یحمل ذلک بالوطی ویثبت الاختلاف فیه ولیست الروایة کذلک انتهی واقتفى اثره کثیر من الشراح منهم صاحب العنایة اقول فیه
خلل اما اولا فلان الظاهر من قولهم ای من قوله لما اصابت بیدها او رجلها ان یکون المراد بالاصابة بیدها وبالاصابة برجلها کلتیهما هو النفحة ولیس کذلک
اذ لا یطلق علی الاصابة بالید النفحة وانما یطلق علیها الخبط اذا ضربت بالید ولو سلم اطلاق النفحة علیها ایضا بطریق التجوز فلا یجدی ههنا اذ لا فرق بین الوطی بالید
والخبط الذی هو الضرب بالید فی وجوب الضمان بهما علی السائق والقائد بلا خلاف احد فلا شیء لان یکون المراد احدهما دون الآخر واما ثانیا فلان
القدوری لم یذکر الخلاف فی مسئلة السائق اصلا حتی یلزم من توهم ان یکون المراد بقوله لما اصابت بیدها او رجلها هو الوطی اثبات الاختلاف فی الوطی وانما
الذی بین الاختلاف فی ها تیک المسئلة ههنا هو المصنف ره وذا فرع تفسیره مراد القدوری بالنفحة لا منشأ هذا التفسیر کما یوهمه کلامهم ثم اقول الحق ان معنی
قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدوری بقوله او رجلها فی مسئلة السائق وبقوله دون رجلها فی مسئلة القائد هو النفحة وانه فسر بذلک لیتم قوله فی مسئلة
القائد دون رجلها اذ لو کان مراده الوطی لم یتم ذلک وان وطی الدابة برجلها یوجب الضمان علی القائد ایضا بلا خلاف احد **قوله** ووجهه ان النفحة بمرأی عین
السائق فیمکنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا یمکنه التحرز عنه اقول لقائل ان یقول ان ید الدابة ایضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا یتیسر الا بالتقدم

[illegible]

والالتفات الى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما اصابه بيدها ايضا فينبغي ان لا تضمن ذلك ايضا فليتامل في الدفع قوله قال ابن الشهيد ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه اقول وان الا يمكن ليس على يدها ايضا ما يمنعها به كما كان في فمها من اللجام فلا يمكنه التحرز عما اصابت بيدها ايضا فينبغي ان لا يضمنه ايضا فليتامل في الجواب قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وهو ما ذكر كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين انتهى وقال في العناية اخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسان اتفاقي او بحسب الغالب انتهى وتبعه الشارح العيني اقول العجب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين ظاهرا فان الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجا عن مسائل هذا الباب قوله وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا قال في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس لا يصلح حجة وما لا يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر مشية فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة انتهى اقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به واما اذا كان متروك العمل به بان عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعا الا ترى الى ما تقرر في اصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان امكن فلو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب في الجواب عن الثاني ان يقال مراد المصنف رحمه الله بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي هو القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا انا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرنا من الدليل العقلي حتى يتجه عليه ان ما لا يصلح حجة لا يصلح مرجحا يبقى ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي رحمه الله جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقطا فكان مصيرنا في اثبات قولنا الى ما ذكرنا من المعقول الذي هو القياس لزم ان يكون ما قلناه جواب القياس ايضا فما معنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص

وأما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي **قال** ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة ولنا ما روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها **قال** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

بل قد يكون بالنص كما في السلم والإجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالإجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الأصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وقلنا وجواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا إشكال **قوله** أما الإرسال للاصطياد فمباح قال بعض الفضلاء نعم إلا أنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة انتهى أقول جوابه يشير إليه قوله ولا تسبيب إلا بوصف التعدي فإن كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة إنما هو فيما يوجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لأن الضمان في أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبيب فلا ضمان أصلاً وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق أن المرسل الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعدى من صاحبه فما تولد منه يكون مضموناً عليه فأما إرسال الكلب والبازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لأنه لا يمكنه الاتباع والمتسبب في الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعدياً انتهى تبصر **قوله** ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته وهي السوق والقود والركوب كذا في عامة الشروح قال في النهاية بعد بيانها على الوجه المزبور كان من حق اللفظ أن يقول من الإرسال وأخواته أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق أو القود لما كان أختاً لا أخاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضاً والإيلام جعل بعض أسباب التعدي أخاً وبعضها أختاً من غير دليل انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لأنه ليس ههنا مؤنث معنوي خولف فيه التفصية حتى يناقش على ذلك انتهى أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداة التأنيث البتة حتى يقال ليس ههنا مؤنث معنوي يقتضي الإتيان بأداة التأنيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في فرق واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال من الإرسال وأمثاله أو يقال من الإرسال وأخواتها والإيلام جعل بعضها مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعو إليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها أو في معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة صح في كل واحد منها الوجهان ثم إن المصنف رحمه الله لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنث بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر تقف **قوله** ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به انتهى أقول في الجواب نظر إذ لقائل أن يمنع أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز أن يكون أن لا يقصد منه اللحم أصلاً كما يقصد ذلك من الشاة داخلاً في ذلك المعنى أيضاً وهو غير موجود في مأكول اللحم إذ يقصد منه اللحم كما يقصد تلك الأمور المذكورة أيضاً فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى **قوله** ولأن فيها مقاصد سوى اللحم إلى آخره أقول فيه كلام أما أولاً فلأن هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب في مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وأن كلا منهما داخل في المدعى ههنا وأما ثانياً فلأن قوله بشبه الآدمي في إيجاب الربع يعني عملنا بشبه الآدمي في إيجاب الربع ليس بواضح لأن شبه الآدمي لا يقتضي إيجاب الربع بل يقتضي إيجاب النصف لأن الواجب في الآدمي في الجناية المزبورة هو النصف وإنما المقتضي إيجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لإيجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الأداء أن يقال فعملنا

ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم
للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا **قال** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة
الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة **قال** ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته
فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف
حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه
في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر **قال** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب
فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولا يتناوله من حيث
انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح
صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب
بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت
انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن
اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة
فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان
صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي المصنف ره الواجب في عين الادمي فوجب الربع عملا بهما وقد اشار اليه
صاحب الكافي حيث قال فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما انتهى نعم مراد المصنف ره ايضا هذا المعنى
لكن عبارته لا تساعده كما ترى **قوله** ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده اقول يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة
السائق والقائد جوابا عن الشافعي ره بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين **قوله**
ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد في فعله فيترجح جانبه في التغريم للتعدي قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر
والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلفه بالوطئ لانه
يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا مسببين ثم ترجح الناخس في التغريم للتعدي
انتهى كلامه اقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل ان يكون فعل الراكب
معتبرا فيلزم ان يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره ان لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان
اللهم الا ان يحمل احدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره
بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر اقول لقائل ان يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناخس به
لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما يجيء به التصريح في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي ان يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الآمر
فيجب على الناخس الضمان لتعديه في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن
الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما اقول لقائل ان يقول الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطئ لحصول
التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر في الكتاب اذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر اولى كما صرحوا به فيما مر في مسئلة
الراكب والسائق فما بالهم جزموا ههنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر **قوله** والاذن يتناول فعله من حيث السوق
ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه قال في النهاية يقتصر الضمان على الناخس اقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ مقتضى هذا الوجه
وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا ان يكون الناخس متعديا بكونه مسببا لجناية الدابة ولا يلزم منه
ان لا يوجد هناك مسبب آخر او مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا اقل
من ان يكون ايضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب ان مراد المصنف ره بقوله فمن هذا الوجه
يقتصر عليه اي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس اي لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا
كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام **قوله** والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته قال في العناية قوله والناخس
اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدى انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطئ في فور النخس

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال

فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس باذن الراكب انتهى أقول بحثه ساقط فإن مراد صاحب العناية أن جواب هذه المسألة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب إنما هو فيما إذا نخس بغير إذن الراكب لأنه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شيء من الصور إلا إذا كان نخس بغير إذن الراكب إلا أنه يتصور حتى يتجه عليه أن في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها إذا كان النخس بإذن الراكب كما صرحوا به ويرشد إلى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه أن صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب أما إذا نخسه بإذن الراكب فلا يخلو إما أن كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمهما في المبسوط وقال إذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لأن فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور أو حرا وإن وطئت في فور ذلك إنسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصبا للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له انتهى تأمل

باب جناية المملوك والجناية عليه لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك هو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شيء وهو أن لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو إنما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان حكم جناية العبد على الحر وهو أيضا إنما يتبين في هذا الباب فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك التبعة من جانب آخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك انتهى أقول فيه أيضا نظر إذ لقائل أن يقول إن أراد أن جناية البهيمة كانت التبعة باعتبار الراكب والسائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرفت في بابها وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه وكذا إذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وإن أراد أن جنايتها قد يكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع وإنما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام ههنا على ماله حكم من الأحكام الشرعية فليتم التقريب قوله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنه كما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما كما هو مذهبه أنهما قالا عبيد الناس أموالهم وجنايتهم في قيمتهم أي أثمانهم وقال في غاية البيان روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه وعن عمر رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنايتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله وقال في معراج الدراية روي عن علي رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم في رقاب الناس كمذهبنا وكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه فإنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد وقال في العناية فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا قال إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه وكذا روي عن علي رضي الله عنه ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم

[illegible]

في قيمتهم اي في اثمانهم الا ان الثمن قيمة العبد انتهى اقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رض فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى ثم اقول قد خالف الكل ههنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي وعمر وعبد الله بن عباس رض مثل مذهبنا بحضر من الصحابة رض ولم ينقل الانكار عليهم من احد منهم فيكون اجماعا منهم انتهى ولا يخفى انه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطاء ان تتباعد عن الجاني الى اخره قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرناه وهو بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين تقوم لاحد ناحجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم على الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل الطالب ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى هنا كلامه اقول جوابه ليس بتام اما اولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعي ره ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ان يبقى مذهبه بلا اصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كله تقرير المصنف ره فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء اصله بلا اصل كما لا يخفى واما ثانيا فلان للشافعي ره ان يقول كما ان اصلكم مستند الى النص وهو ما روي عن ابن عباس رض وغيره كذلك اصلي مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رض ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق ثم اقول الحق في الجواب عن البحث المذكور ان يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي ره هي اهل العشيرة وقلنا هي اهل النصرة وقد ذكر ذلك في اوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا الحجة على الشافعي ره هناك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف اصلا لهذا المختلف كما ترى **قوله** والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به قال بعض الفضلاء اليس يخالف هذا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا انتهى وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على قول ابي حنيفة رح اذ العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه انتهى وذكره ايضا بعض العلماء في حاشية على شرح صدر الشريعة للوقاية اخذا من التسهيل كما هو حاله في اكثر ايراداته في تلك الحاشية اقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا ان لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام ثقات اهل اللغة ايضا فانهم قالوا العاقلة الذين يعقلون اي يؤدون العقل وهي الدية كما سيجيء في الكتاب اول المعاقل وقال في المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل او اهل ديوانه اي الذين يرتزقون عن ديوان على حدة انتهى وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتله خطاء وقال اهل العراق هم اصحاب الدواوين انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بما في الحديث ان العواقل اي الجماعات لا يعقل عبدا كما يعقل حرا وان مذهب ابي حنيفة رح ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة اي الجماعة بل يغرم مولاه جنايته فقول المصنف وغيره ههنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل ولا تعقل العاقلة جناية العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا تحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا تحمل جناية العبد عاقلة مولاه انتهى فلا يخالف ما ذكروا ههنا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب ائمتنا من ان العبد

كالقنية فلونه مجهول يدل على ان ... ولكن يشترط ان ... بالتلف وبهذا ... مقامه ... حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل ... لا جناية ... اما ... فلان
حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين رقبته سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا ... حتى مات العبد بطل حق
المجني عليه لفوات حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد وجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم
الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه
على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع
تعلق الجناية فحق المجني عليه الاولى اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد على قدر
حصصهم وان قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات
وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف
مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه
فلا يملك التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في
الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك بخلاف الاقرار على رواية الاصل
لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه
في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار
للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه
لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه
لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه
فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف
وطء الثيب في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر

اذا جنى على الحر لا العبد لا العاقلة تعتبر قوله واما الفداء فلانه بدل عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب
حالا كالمبدل قال في العناية كون الشيء بدلا عن شيء لا تستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق
به حق الموصى له وما اذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل ونحو ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة
الجناية في النفس او بعضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون
وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل
فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال بموافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به انتهى اقول بل هو كلام
قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت امرا لازما او راجحا يدفع السؤال عن اصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ولصير باقي
المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركة جدا وان لم يكن امرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال وقال في العناية ويجوز
ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المعترضة
تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف
المال فيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون مطابقا به انتهى اقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء
لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم ان يكون المراد في الجواب بقوله الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية هو ان الاصل ان لا يفارقه
في الحكم الا بامور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية اذ الظاهر ان معنى كون
الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة
مستمرة لا تتغير حكمها ابدا ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب تأمل تفهم قوله واما الفداء فلانه
لا حق له الا بالارش اقول فيه اشكال سيما في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد
لفوات محل الواجب الا انه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فاذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية
العبد فان لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا بالارش وهل يكون هذا مناقضا لما ذكره قبيله بقوله اما الدفع فلان حقه متعلق به قوله واطلاق الجواب
في الكتاب ينتظم النفس وما دونها يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونها
كذا في العناية اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تأخير التعرض للاطلاق ما في اول الباب الى ههنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في

[illegible]

قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه [illegible] قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ [illegible] ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا

نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف ره واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة اقول في التعليل شئ وهو انه ان اراد ان الاذن في التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع لغير رضى ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله اذا كان له ذلك لا يفوت الدفع لغير رضاه قطعا وان اراد انه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ ان ينتقض التعليل بما اذا ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختارا للفداء هناك اذا كان عالما بالجناية كما مر انفا مع انه يجري ان يقال هناك ايضا ان الضرب ان نقصه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية فانه اذا رضي ان ياخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما مر [illegible] ويمكن الجواب عنه بان قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففي صورة ما اذا ضربه فنقصه ان لم يفت الدفع برضى ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون في الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عنده بلحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن وكان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته انتهى فتامل قوله ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشائخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر لان المصنف صرح فيما مر بان الموجب الاصلي هو الدفع في الصحيح وقال والفداء يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع ههنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وعلى خلاف ما عليه جمهور المحققين من مشائخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ما ذكر ما اختاره بعض المشائخ من ان الواجب الاصلي هو الارش قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد ره بن الحسن ان الواجب هو العبد انتهى ثم اقول الحق عندي ان يحمل تسمية الدفع ههنا صلحا على المشاكلة بان عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد قوله والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطي المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في النظيرة حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا ههنا لان الدافع لم يعلم ان القطع ليسري فيكون موجبه القود بل ظن انه لا يسري ويكون موجبه المال وان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع الا يرى انه اذا وطي المطلقة الثلث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له فانه يورث الشبهة فيندرئ الحد كما صرح به في كتاب الحدود وفهم ايضا ههنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه قوله اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اقول يرد عليه انه ان اريد بعقوبة

ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم امر برده لانه اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي امته اذا كانت مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا محجورا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاه سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص بحكم ظاهر الرواية قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف فبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فتجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة وذكر في الزيادات ان قول محمد مضطرب والاصح انه مع ابي يوسف ... [illegible] ... فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية وله ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه

الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها لان الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يجب على حاله وهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجناية وان اريد به ان الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرره حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قوله فاذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق راسا بين صورتي العفو والصلح اذ العفو ايضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى

قوله ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها قال صاحب العناية هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان اقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب ان يكون القول قول المقر كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا ان قوله انما يطابق جواب هذه المسئلة وانما ذكرها هنا بطريق الاستطراد لا الاصالة فما معنى بناء هذه المسئلة التي جوابها على قول ابي حنيفة وابي يوسف كما صرح به في الكتاب على اصل قول محمد فيها **قوله** وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه اقول فيه نظر لان الاحتمال اما اولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظير الما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الى آخره واما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا ليس بشرح مطابق للمشروح وانما المطابق له ان يقال لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه وهو مستأمن تدبر **قوله** وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا الى آخره قال صاحب النهاية واصل هذا مما اتفقوا عليه هو ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء

فصل ومن قتل عبداً خطأً فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبداً قيمته عشرون الفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلاً او بدلاً وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وان لم يكن القصاص بدلاً عن المالية فكذلك امر الدية

لا السبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهو ان فضوليا باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رح في مسئلتنا هذه ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد من هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطاء في عشرة وحق شريك الساكت في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف درهم الف لرجل والفان لآخر مات المديون وترك الفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشترك في العين ابتداء والى هذا اشار الامام قاضيخان والمحبوبي في الجامع الصغير الى ههنا واقتفى اثره في هذا الشراح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان المصنف ره صرح في اوائل هذا الباب بان الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة وصرح به ايضا عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول ابي حنيفة ره في هذه المسئلة على ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش ولا يقتضي هذا ان يكون الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة ابي حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة ينبوعما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا اقول فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز ان يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز ان يكون عمر المجني عليه سبعين سنة او اكثر وعمر الجاني عشرين سنة او اقل وان اريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو ايضا ممنوع فان الفاعلية والمفعولية يوجدان معا في ان واحد وهو ان تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد **قوله** ولابي حنيفة ره ومحمد ره قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية وجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فمن قتل خطاء حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها اقول للقائل ان يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد ايضا خطاء هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي ان لا يتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا يتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم اشرف من بعض بوجوه شتى مع ان ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتامل **قوله** ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه

وفي تقليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية لانه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً ولا تزاد على كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهاراً لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا تزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهاراً لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستنداً الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولهما وهو الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

الملك بالخلافة والآدمية اعلاهما الا ان الشيء يجب اعتبارها بابدال الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ الاكثر تقتضي الى اهدارهما جميعاً لان الآدمية اصل والقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى اقول ليس هذا بوارد فان اهدار احدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معاً فاعتبر احدهما واهدر الآخر بان يعطي للاتلاف احدهما حكم شرعي دون الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدمية ومالية معاً بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية اصلا وانما الحاصل به ازالة المالية بازالة اليد المحققة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف ره بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الآدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور ان يترتب عليه حكم شرعي فلم يلزم اهداره فتفكر **قوله** وفي تقليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً اقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع ايضاً ان الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع والضمان العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلوة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم **قوله** وان غصب امة قيمتها عشرون الفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها اقول لقائل ان يقول قد ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبداً قيمته عشرون الفاً وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة ههنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن ان يقال حاصل المسئلة ما ذكره ههنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقاً بين مسئلة قتل العبد خطاء وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى اقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند ابي حنيفة ره ومحمد ره خلافاً لابي يوسف ره والشافعي ره ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمعاً للدليلين تبيناً للمسئلتين في البيان في موضع واحد **قوله** وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستنداً الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما ضرب الامة الحاملة فاعتق المولى الامة ثم القته حياً فمات الولد بان المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بانا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معاً فاوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً لحالة الضرب واوجبنا قيمته حياً اعتباراً للحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشرحه مفصلاً في اواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما صرحوا به هناك ونسي بعضه فزعم ان المعتبر هناك حالة الضرب فقط **قوله** وفيه الكلام قال صاحب النهاية اي الكلام فيما اذا كان العبد ورثة سوى المولى وحصل شيخي بخطه الشريف وفيه الى وتعذر الاستيفاء لكن مآل ذلك الى ما قلنا انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفى والكلام في اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره انتهى وقال صاحب الغاية وقوله وفيه الكلام اي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق القصاص يعني ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء انتهى واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف ره هنا واختاره صاحب العناية ليس بشيء عندي لان المصنف ره بعد ان

فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلافه في تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتباره يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف

قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مريدا به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا الى ان يقول ذا الكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهل يكون هذا الا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه الشيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية ايضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هذا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بالقرينة المتصل به من حيث اللفظ كما ترى **قوله** فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه اي في الذي لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحترز به عما اذا قال لآخر لك علي الف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيه البذل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص ويقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت او غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فان استشهد لعدم حل الوطئ وهو ما يثبت بالشبهات انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلان المص ما استشهد لعدم حل الوطئ وانما استشهد لعدم حله كما يرى واما ثانيا فلان حل الوطئ ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطئ لشبهة الملك او شبهة الحل لكن لا يحل الوطئ بشئ من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل لعدم حل الوطئ يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية اقول نسخ العناية التي رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يندفع الاشكال عن كلام صاحب العناية ههنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم ان يحترز به عن الاموال الغير الضرورية لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد لعدم حل الوطئ وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي اورده على سائر الشراح بان يقال الاموال ايضا لا يثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم ان يكون ما عده اولى مشتركا لا تزام تأمل تفهم **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطاء فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رح لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع انتهى اقول فيه بحث وهو انه ان اراد بقوله في السؤال ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارش اليد دون ان يقول ارش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور اصلا اذ يجب ارش اليد للمولى عند محمد رح في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رح بانه ينبغي على مقتضاه ان يجب ارش اليد للمولى وان اراد به انه ينبغي ان يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيه ايضا مع انه يجب فيها ارش اليد عند محمد رح كما تحققته فتدبر **قوله** وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك وكان القياس ان لا يثبت العتق في المجهول لانه لا يفيد الا ان الاستحسان انه مفيد لانه يفيد ولاية البيان فصح التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله

لحريته فجاز الاشتباه اقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقتضي لقطع الالحاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك فنتيجة الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في تلك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد يبقى على اصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على اصل ابي حنيفة رح من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير ان ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في اول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد ايضا على اصل ابي حنيفة رح فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطأ والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على اصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتأمل في الدفع قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما اقول لقائل ان يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة ان يقال فاعتبر انشاء في حق من وقع العتق عليه وهو احدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه قال جمهور الشراح في حل هذا الكلام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصرا ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا بدر جملة ما قالوا اقول فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف رح ههنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح حيث قال ولان في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما انتهى فان مدلول ما قاله هناك ان المالية التي هي ادنى مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هي الآدمية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ومدلول كلامه ههنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد واطرافه جميعا عند ائمتنا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب الغاية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف انتهى اقول فيه خلل زائد اما اولا فلانه فسر الذات بجميع البدن وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسد لا روح فيه انتهى وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح واما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف بجواز ان يكون ايجابه اياه للآدمية كما في الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف ره هذا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا تتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف ره المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال في اي العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصر في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فيكون المالية في العبد باعتبار الاطراف انتهى اقول هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف رح في تعليل المسئلة

[illegible] ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام
الآدمية لان موجب الجناية على الحر ان يتبع رقبته فيها ثم من احكام الآدمية ان ينقسم على الاجزاء الدية ومن احكام المالية ان ينقسم على المثقال فوفرنا على
الشبهين حظهما من الحكم فصل في جناية المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه
قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم
وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا
محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا
في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العين وفي ذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال
فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى الاول بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع
ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رح
ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن لانه قبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما
من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد
جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان
الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية
الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

المارة في صدر الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح وان كان في استفادته من عبارة المصنف رہ ههنا تمحل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل ابي يوسف رہ
وكلامه ههنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعي رہ من قبل ائمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد ان يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك بالجملة ان كلام المصنف رہ
ههنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك اسلوب تقرير المصنف رہ ههنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان
مع كون عادته ان يقتفي اثر المصنف رہ في وضع المسائل وتقرير الدلائل **قوله** ولنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف
ايضا اقول الظاهر من هذا البيان ان المالية والآدمية معتبرتان معا في ذات العبد اي نفسه واطرافه ايضا عند ابي حنيفة وقد مر من المصنف رہ في اول الفصل
ان المعتبرة في ذات العبد عند ابي حنيفة رہ ومحمد رہ هي الآدمية دون المالية فانها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية
ينقص عنه عشرة دراهم عندهما وكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا ان يحمل قوله ههنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى
ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو من بعد

فصل في جناية المدبر وام الولد لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط
رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه ان الملك كامل في المدبر وام الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب
فانه على العكس انتهى اقول في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وام الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب
فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي الكملية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وام الولد
فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة واشباههما لانهما لا يصلحان لذلك عندنا على ما عرف ايضا في محله ولا يخفى ان الكملية الملك في العبد
كافية في تقديمه على المدبر وام الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه وقد افصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية
وهو العبد تبصر **قوله** عملا بالشبهين قال جمهور الشراح يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان نعمل بشبه
المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى اذ لولا
العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الاولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى
حكما عملنا بشبه المقارنة فشركنا ولي الثانية لولي الاولى كما دل عليه قول المصنف رہ لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى
فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهها مرة اخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية في بيان
معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا وقع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم تجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع
عملا بشبهي المقارنة والتأخر انتهى وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشيء اقول فيه خلل لان العمل بالشبهين صرد اجبا
مهما امكن على ما عرف في موضعه فلما امكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما
الى التوزيع على مجموع الصورتين كما اعتبره ذلك القائل وانما كان يصح ذلك لو لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفا على مجموع

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل فمات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمته وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما

الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه ايضا ان يقال تحقيق العمل بالشبهين بان تجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث ان اعتبر قيمته يوم الجناية فلم يتقيض العمل بهما ما هو المطلوب ههنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال في النهاية لما ذكر حكم الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلتحق به انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور وفتور اما اولا فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكر في هذا الباب ما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه او الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه واما ثالثا فلان الصبي ليس بملحق بالمدبر في حكم المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتامل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز ان يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما انتهى اقول وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران فيهما وارد عليه ايضا كما ترى وقال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما اذ ذكر المفرد قبل المركب ثم جر الكلام الى بيان حكم غصب الصبي انتهى وتوجيهه عندي قول هذا اشبه الوجوه المذكورة وان امكن التقرير باحسن منه تدبر **قوله** والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية الى آخره واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك لان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك انما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب واما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة وحكما والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء واما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان اورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مرجحا انتهى اقول نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما ان يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع واما سند منعه فليس بتام ايضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما انما هو باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان **قوله** وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته ويسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملكه بل عوض ما منه انتهى اقول فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح ان يكون عوضا عما اخذه

ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال ومن غصب عبدا مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ولا يرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبته واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض ما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا تكرر الاستحقاق

ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فالذي يصح ان ياخذه المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجناية الاولى لانه صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد رح بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطلع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية عوضا عما اخذه ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد انتهى اقول هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا ان في تقريره مساغ التمحل عما اوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تامل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما ذكره محمد رح من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب واما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن شيء في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون الماخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا انتهى **قوله** ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الى آخره قال في العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت للاولى حكما في حق التضمين لا غير والاول متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع انتهى اقول في الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما ايضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما ارشد اليه قول المصنف رح في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الثانية الاولى انتهى فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجناية الثانية ايضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف ياخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتامل في الجواب الشافي **قوله** ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول اقول لقائل ان يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق راسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا في النصف ينبغي ان لا يكون القيمة التي وجبت على المولى بين وليي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي ان يكون بينهما اثلاثا ثلثاه لولي الجناية الاولى وثلثه لولي الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف رح فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير ان يتعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي ان يتضاربا في القيمة بقدر حقيهما لما تقدم في الفصل السابق ان جنايات المدبر اذا توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة واولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق ايضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف رح لا حق له الا في النصف ينبغي ان يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا انه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغي ان يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم اليه كحق ولي الجناية الاولى ثم اقول يمكن ان يجاب باختيار الشق الثاني ويقال في الفرق بين وليي الجنايتين ان حق الاول تعلق بكل القيمة ثم انتقص نصفها بتزاحم الثاني من بعد ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني ايضا

[illegible] بما ذكرناه **قال** ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب لا يتحقق في الحر الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان صغيرا حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا **قال** واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا تبقى مستحقة للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هاهنا لانه لا ولاية له على الصبي للاستقلال ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره **قال** [illegible]

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه

يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لاحق بغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا الاستحقاق كل القيمة و انتقاص حقه انما كان لعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم ينعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام **قوله** انما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا من الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه انتهى اقول هذا النظر ناش من غلطه في استخراج مراد المصنف ره فان الشارح المذكور زعم ان مراد المصنف ره بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف ره بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب اول مرة وهو النصف الذي كان حقا لولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب اول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه اصلا لما قاله فماذا بعد الحق الا الضلال

باب القسامة لما كان امر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم ان القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في عامة الشروح اخذا من المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر اقسم قسامة او اسم وضع موضع الاقسام انتهى اقول لا ارى وجه صحة لكون القسامة مصدر اقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الادب واما في الشريعة فهي ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كذا في العناية اقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر وقرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع انه يجب في هذه الصورة ايضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب ولا يقال عنه بني الكلام على ما هو الاكثر وقوعا لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من ان يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى فالاولى ان يزاد عليه قيود ويقال هي في الشريعة ايمان يقسم بها اهل محلة او دار او موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء منها قتيل به اثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا وقال في النهاية فاما تفسيرها شرعا فما روى ابو يوسف ره عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال في القتيل يوجد في المحلة او دار رجل من المصر ان كان به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا انتهى اقول فيه سماجة لا تخفى فان ما روى ابو يوسف ره عن ابي حنيفة رح على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن ان يوخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في اول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية واما شرطها فهو ان يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وان يكون في الميت الموجود اثر القتل واما لو وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى وفي غاية البيان ايضا كذلك اقول فيه كلام اما اولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها ايضا ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رح في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كالنكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل

ولكن يجب القصاص او الدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من اولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا يجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان توقف عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد اصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها ان يكون نفس القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن او مدبر او ام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا في دار مولاه نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك اكثرها واما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فما معنى جعل كون المقسم حرا من شروطها اللهم الا ان يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به ومر في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى اقول فيه شيء من الاخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو انه لم يتعرض فيه لاشتراط المذكورة في المقسم مع كونها شرطا ايضا ثم اقول في امكان توجيه لكن احتمالان احدهما انه اكتفى في افادة ذلك الشرط ايضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وبتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على الانثى شائعا في احكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط المذكورة بناء على وجوب القسامة على المراة في مسئلة عند ابي حنيفة ره ومحمد رحمه الله وهي ما يجيء في آخر هذا الباب من انه لو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ره ومحمد ره عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف ره القسامة على العاقلة ايضا وكانت المراة اهلا للقسامة في الجملة عندهما قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اقول في تحرير المصنف ههنا قصور بل خلل اما اولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث اي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على واحد بعينه كالدم او من قبيل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله او ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة ان يقال وان لم يكن هناك لوث واما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه بعد ان ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ره ومالك ره وان قال واللوث عندهما الى آخره من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم ان مرجعه اي منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي ره وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر اقول لقائل ان يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان افاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من ان المعرف باللام جنسا اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد اشار اليه المصنف ره في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على ان لا يرد اليمين على المدعي عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم ان لا يصح تحليف غير المدعى عليه من اهل المحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع انه يحلف خمسون رجلا من اهل المحلة في هذه الصورة ايضا كما صرح به المصنف فيما سيجيء بل جعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه وقال وكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا ان يقال لا يجوز ان يثبت به المدعى ههنا بوجه آخر وهو انه عليه السلام ذكر قوله المذكور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة وقد اشار المصنف اليه ايضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال** فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوي ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس

من انكر قسمة القسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى ان منافاة القسمة الشركة انما تقتضي ان لا يكلف المدعي لا ان لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من اهل المحلة نعم يلزم ان ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تامل تفت **قوله** وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح اقول لا فائدة ههنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي بما سياتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في حجره ونكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المذكورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سياتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة هنا ولقد اصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال ولان مختار المشائخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا انتهى لكن بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو انه لو اخبر بعض من اهل المحلة بانه يعلم ان القاتل احد من اهل المحلة بعينه او احد من غيرهم لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن انفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم راسا ولم ار احدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل اية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن انفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا الدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روي من الاخبار فاتبعت السنة من غير ان يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما ان من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطاء صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز ان يقر على عبد غيره فيصدقه مولاه فيؤمر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الجانبين عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ اظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني انه لا يمتنع ان يكون واحد منهم امر صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل فلو اقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي امرته بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك **قوله** ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجز القسامة بينهم بالكلية فانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى اقول اشارة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بايمانها وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب اولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر انفا اذ ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده او بمائة من ابل الصدقة على سبيل الحمالة منهم بناء على ان اهل الذمة من اهل البر اليهم وقد افصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قالا بعد نقل الحديث ثم قيل انما ودى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يجوز الحمالة عن اهل الذمة فان قضاء دين الغير برّ له واهل الذمة من اهل البر اليهم حتى جاز

[illegible] اليمين مشروعة [illegible] بالبينة والقسامة [illegible] ثم شرعت لنظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل [illegible]
فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية [illegible] لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم
في المحافظة [illegible] لان اليمين [illegible] الا [illegible] ومن ابى منهم [illegible]
بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه [illegible] لا يسقط ببذل الدية [illegible] الذي [illegible]
[illegible] على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بعينهم [illegible] لا يميزون من الباقي ولو ادعى على البعض بعينهم
[illegible] الجواب [illegible] في الكتاب [illegible] القياس تسقط القسامة والدية في
الباقين [illegible] بينة [illegible] القياس [illegible] لاحتمال وجود القتل من غيرهم [illegible]
[illegible] ينسب [illegible] القتل عليهم [illegible] القياس [illegible] كما اذا ادعى القتل [illegible] ومن [illegible]

صرف الكفارات اليهم والايجوز من مال الزكوة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى من حديث عبدالله
بن سهل بن ابي حثمة كما وقع في الصحيحين واما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري واخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد
بن المسيب منهم عبدالرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن ابي شيبة رواه ايضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم
القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدا باليهود في القسامة وجعل الدية
عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد المسيب ان القسامة كانت من احكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه
وسلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى ان قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم الدية والقسامة انتهى وكذا امر ايجاب القسامة
والدية على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه
ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسال الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى
اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا ذكر الحديث في
الكافي والبدائع وغيرهما فظهر ان منشاء البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام تحريرا **قوله** وكذا اليمين بشرت عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت
لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص اقول الظاهر ان
المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي رح ولان اليمين عهد بالشرع مبرئا للمدعى عليه لكن يرد عليه انه انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتيل القتل العمد فان الموجب
حينئذ هو القصاص على تقدير ان يقروا بذلك فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه واما فيما اذا ادعى القتل الخطاء فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على
تقدير ان يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم ايضا عندنا ويمكن ان يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطاء
يحلف اهل المحلة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطاء فيجوز ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن انهم قتلوا خطاء فلو
قروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا
كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطاء كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع الا يرى انه
لو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا او خطاء استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما جي
في الكتاب فتامل وان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف رح هنا وان كان يرى تعسفا في بادي الراي **قوله** ثم الدية تجب بالقتل
الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم اقول الاوجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق ان يذكر بدله لا بايمانهم لانا الآن بصدد بيان موجب ايمانهم
واما موجب نكولهم فانما ياتي بيانه من بعد بقوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر ان قوله ثم الدية
تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا الخ جواب عن قول الشافعي رح لا ملزما كما في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوي
فالدافع له ان يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا بايمانهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوى فقوله لا بنكولهم حشو محض في
دفع ذلك وانما اللازم ان يقال بدله لا بايمانهم كما لا يخفى **قوله** ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل
عمدا اما اذا ادعاه خطاء فنكل اهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى واما سائر الشراح فلم يقيد احد منهم هنا مثل ما قيد تاج الشريعة

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على الحاضرين ... لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة وإن لم تكن استحلفه يمينا واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم إن حلف برئ وإن نكل والدعوى في المال ثبت به وإن كان في القصاص فهو على الخلاف مضى في كتاب الدعوى **قال** وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رضي الله عنهما مثل ذلك ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال **قال** ولا قسامة على صبي ولا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح **قال** ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها **قال** وإن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية لأنه ليس بقتيل إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره الحي وهذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم

إلا أن صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية إن حلفوا والحبس حتى يحلفوا إن أبوا إن ادعى الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكراه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة ههنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسئلة الكتاب ههنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ره ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطاء أن يكون الحبس أي أن يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى الخطاء ومن أكثر أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال فإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الأئمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية بنيه لهذا حيث قال في صدر الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين عندنا و عند الشافعي ره إذا حلفوا أو بروا وأما إذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى فإنه جرى في بيان حكمها أيضا على الإطلاق كما ترى ثم أقول التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين إحديهما أنهم إن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الإطلاق وهو ظاهر الرواية عن أئمتنا الثلثة والأخرى أنهم إن نكلوا لا يحبسون بل يقضي بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين بلا تقييد بدعوى الخطاء وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف ره وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال لا يحبسون ولكن يقضي بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف ره الأول إلى ههنا لفظ المحيط ثم أقول بقي ههنا إشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالإجماع ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر عند أبي حنيفة ره وقال أبو يوسف ومحمد ره لزمه الأرش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى إطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ره ومحمد ره وإن ادعى ولي القتيل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس إلى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ره ومحمد ره كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا في المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف ره أنه يقضي بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن يبقى إشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف ره في ظاهر الرواية وفي قول محمد مطلقا فتأمل في الدفع

قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس أقول فيه بحث لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي ههنا نفعا إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن يكون مخصوصة بموردها ومورده ما إذا وجد القتيل في مكان نسبة إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع إذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب **قوله** ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها أقول يشكل إطلاق هذا القول أبي حنيفة رح ومحمد ره في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة رح ومحمد ره عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف رح فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا انا لو اكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تتشعب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير

من الجواب وما فيه من الخلل **قوله** لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة يعني ان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان اقول في هذا التعليل شيء وهو انه قد ذكر في وضع المسئلة انه لو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن في تلك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا اكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا ان يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم اكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه اصلا كما صرح به فيصير قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة او حكما فيتم التقريب بهذا التاويل ثم بقي شيء آخر وهو ان قول المصنف ره بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل انه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم ولا يخفى ان قوله بخلاف الاقل الى آخره لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى ان يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الى آخره وكان صاحب الغاية ذاق هذه الشائبة حيث قال في شرح بدل قول المصنف ره بخلاف الاقل الى آخره وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية انتهى واورد بعض الفضلاء على قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى اقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ره ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى

قوله ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان يعني لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر ايضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر ايضا اذا وجد فيلزم ان تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعا مكررتين قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون اكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك ووجه صاحب العناية توجيه عبارة المصنف ره حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراد القسامتان والديتان على القطعتين تتكرران في خمسين نفسا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من اهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم الانسان فكيف يتصور ان تتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين تكررهما في خمسين نفسا وانما الموجود في احاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسها والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه **قوله** والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب فيه اقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه انه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع انه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى **قوله** ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء قصور من وجوه الاول

وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لأنه ينفصل ميتا لا حيا قال
وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره وكذا إذا كان قائدها أو راكبها فإن اجتمعوا فعليهم
لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم قال وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما لما روي أن النبي عليه السلام أتي بقتيل وجد بين قريتين فأمر
أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم
بالقسامة قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال وإن وجد القتيل في دار إنسان
فالقسامة عليه والدية على عاقلته لأن نصرته منهم وقوته بهم قال ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال أبو يوسف رح
هو عليهم جميعا لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكانا بخيبر ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة
دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال
وهي على أهل الخطة دون المشترين وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا
والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولأنه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل وقيل أبو حنيفة رح بنى
ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وإن بقي واحد منهم فكذلك يعني من أهل الخطة لما بينا وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم
لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضورا وإن كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه
الأيمان وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما أن الحضور لزمتهم
نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لأن صاحب القليل
يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو
على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له

ان الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن امه اما وجوده مع امه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون
الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق
وغير تامه والثالث ان قوله ليس به اثر الضرب غير كاف في جواب المسألة اذ لا بد فيه من ان لا يكون به اثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار
ههنا على نفي اثر الضرب تقصير والاظهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به اثر القتل فلا شيء عليهم تدبر **قوله** وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره
اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل
تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان
ينفصل حيا واما اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفرق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح
ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما تراه ورد لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق
في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق
في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار ولهذا قالوا يجب الدية بالقتيل الموجود بين ظهرانيهم لوجود القتيل بين
اظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو
اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك بها مسلكها اهدار
امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان
يقال الظاهر ههنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي العاقلة عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسجع كسجع الكهان
قوموا فدوه انتهى اقول يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه و
سلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام ههنا في جنين انفصل حيا بناء على ان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب
فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث
حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جارتين لي فضربت احديهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او مسطح خيمة فالقت جنينا ميتا
فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل
ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا فدوه الحديث وكانه نسي ما قدمت يداه **قوله** واذا وجد قتيل في

لانه انما تنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما هو بعد مدة الخيار ولان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ **قال** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة **قال** وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على رأي ابي يوسف ره ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل **قال** وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فرع المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف ره **قال** وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرتهم هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو اقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهله به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال** وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان **قال**

دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احديهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبيل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بان يحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان قول المصنف ره فيما قبل وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز ان يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب النهاية الا ان قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز ان يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف ره ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا واما ثانيا فلان قول المصنف ره فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسألة التي ذكرها ههنا وبين المسألة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح ان يكون شرحا لمراده **قوله** لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك اقول هذا التعليل على قول ابي يوسف ره مشكل لانه ان اريد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر يعني ان الولاية تستفاد بالملك لا بغيره فينتقض ذلك بما مر من ان السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على ان ولاية التدبير كما يكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في اثبات مدعاهما في هذه المسألة كما لا يخفى **قوله** ولان القدرة على الحفظ باليد دون الملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد اقول هذا التنوير غير واضح لانه ان اراد باليد مطلقا اي سواء كانت يد اصالة او يد نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد اصالة كما صرحوا به وان اراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا انه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل نقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد كما في مسألتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس باجلى من اصل المسألة **قوله** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده قال صاحب العناية ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة ره لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول ان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على اصله التعليل الذي ذكره المصنف ره بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهل يناقض هذا ما مر من ان الاعتبار عند ابي حنيفة ره لليد دون الملك كما في المسألة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشتري مع ان الدية عنده على عاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله

قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال

واذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة **قال** ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه وانما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك

وقال صاحب الغاية بناء الالزام لابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البائع وان لم يثبت الملك له بمجرد اليد فلم يثبت بناء الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية ما يرادفه حيث قال وفي جامع الكرخي اعتبر ابو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في مسئلة البيع وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى اقول هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسئلة المتقدمة كان للمشتري لا محالة ولهذا اشتد النزاع بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان الملك ايضا للبائع لما تحقق الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على امر بانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف تحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك لا تقتضيه ثبوت نفس الملك ايضا فيلزم ان يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وانه محال وان اريد به ان الملك غير معتاد الظاهر اي اليد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك للامر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال ولهذا ينبغي ان يعد ذلك اصلا الا منشأ الاختلاف فتأمل في ذلك بالتأمل الصادق **قوله** وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت وقد بيناه من قبل قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة انتهى واقتفى اثره العيني اقول الظاهر انه اراد به قوله فاما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبنا لاوجبنا بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف رحمه الله هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى **قوله** ووجه الفرق هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم اقول لقائل ان يقول ان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم ان تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم ان يتعين خصوصه وان كان منهم لا ان تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم سواء تعين خصوصه او لم يتعين فهو ايضا ممنوع اذ لا يظهر وجه لكون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا الا يرى اذا اقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين اظهرهم او ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره اصلا فان قيل يجوز ان يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة ايضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم اخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف رحمه الله فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل فيهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا القتل ذاك الظالم فتركوا النصرة واما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما اذا اقر واحد منهم بعينه بالقتل او ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه ايضا فتأمل في التوجيه فذكر في الشروح نقلا عن المبسوط انه روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه الله انه يسقط القسامة والدية عن اهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية اظهر عندي دراية والله اعلم بالصواب **قوله** ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه اقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم ان يسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتأمل في الفرق وحله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم ان قوله ووجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه اكثر الشراح انتهى قلت ومن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين **قوله** واذا التقى قوم

وان کان القوم التقوا قتالا ووجد قتیل بین اظهرهم فلا قسامة ولا دیة لان الظاهر ان العدو قتله فکان هدرا وان لم یلتقوا فعلی ما بیناه وان کان للارض مالک فالعسکر کالسکان فیجب علی المالک عند ابی حنیفة رح خلافا لابی یوسف رح وقد ذکرناه **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غیر فلان لانه یرید اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا یقبل فیحلف علی ما ذکرنا لانه لما اقر بالقتل علی واحد صار مستثنی عن الیمین فبقی حکم من سواه فیحلف علیه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة علی رجل من غیرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابی حنیفة رح وقالا تقبل لانهم کانوا بعرضة ان یصیروا خصماء وقد بطلت العرضة بدعوی الولی القتل علی غیرهم فتقبل شهادتهم کالوکیل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلین للتقصیر الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم کالوصی اذا خرج من الوصایة بعد ما قبلها ثم شهد قال رضی الله عنه وعلی الاصلین هذین تتخرج کثیر من المسائل من هذا الجنس **قال** ولو ادعی علی واحد من اهل المحلة بعینه فشهد شاهدان من اهلها علیه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الکل علی ما بیناه والشاهد یقطعها عن نفسه فکان متهما وعن ابی یوسف رح ان الشهود یحلفون بالله ما قتلنا ولا یزدادون علی ذلک لانهم اخرجوا انفسهم عن توالقاتل **قال** ومن جرح فی قبیلة فنقل الی اهله فمات من تلک الجراحة فان کان صاحب فراش حتی مات فالقسامة والدیة علی القبیلة وهذا قول ابی حنیفة رح وقال ابو یوسف رح لا قسامة ولا دیة لان الذی حصل فی القبیلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فیه فصار کما اذا لم یکن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان کان صاحب فراش اضیف الیه وان لم یکن احتمل ان یکون الموت من غیر الجرح فلا یلزم بالشک ولو ان رجلا معه جریح به رمق حمله انسان الی اهله فمکث یوما او یومین ثم مات لم یضمن الذی حمله الی اهله فی قول ابی یوسف رح وفی قیاس قول ابی حنیفة رح یضمن لان یده بمنزلة المحلة فوجوده جریحا فی یده کوجوده فیها وقد ذکرنا وجهی القولین فیما قبله من مسئلة القبیلة ولو وجد الرجل قتیلا فی دار نفسه فدیته علی عاقلته لورثته عند ابی حنیفة رح وقال ابو یوسف ومحمد وزفر رح لا شیء فیه لان الدار فی یده حین وجد الجرح فیجعل کانه قتل نفسه فیکون هدرا

بالسیوف فاجلوا عن قتیل فهو علی اهل المحلة لان القتیل بین اظهرهم ای وجد بین اظهرهم یعنی بینهم والظهر والاظهر یجیبان مقحمین کما فی قوله علیه الصلوة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنی ای صادرة عن غنی فالظهر فیه مقحم کما فی ظهر القلب وظهر الغیب وکذا فی الاظهر یقال اقام بین اظهرهم ای بینهم کذا فی الشروح فان قیل الظاهر ان قاتله من غیر اهل المحلة وانه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف علی قاتله حقیقة فیتعلق الحکم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتیلا فی محلتهم کذا فی النهایة والعنایة اقول یرد علی هذا الجواب ان یقال ما بالکم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتیلا فی محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدیة علی اهل المحلة ولا تجعلون ذاک الظاهر وهو کون قاتله خصماء من غیر اهل المحلة دافعا للقسامة والدیة عن اهل المحلة مع ان الاصل الشائع ان یکون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالاظهر فی الجواب ان یقال الظاهر لا یکون حجة للاستحقاق فبقی حال القتل مشکلا فاوجبنا القسامة والدیة علی اهل المحلة لورود النص باضافة القتل الیهم عند الاشکال وکان العمل بما ورد فیه النص وسیاتی مثل هذا عن قریب **قوله** وان کان القوم لقوا قتالا ووجد قتیل بین اظهرهم فلا قسامة ولا دیة لان الظاهر ان العدو قتله فکان هدرا قال فی العنایة قوله لان الظاهر ان العدو قتله فکان هدرا یحتاج الی ذکر الفرق بین هذه وبین المسلمین اذا اقتتلوا عصبیة فی محلة فاجلوا عن قتیل فان علیهم القسامة والدیة کما مر آنفا وقالوا فی الفرق ان القتال اذا کان بین المسلمین والمشرکین فی مکان فی دار الاسلام ولا یدری ان القاتل من ایهما یرجح احتمال قتل المشرکین حملا لامر المسلمین علی الصلاح فی انهم لا یترکون الکافرین فی مثل ذلک الحال ویقتلون المسلمین واما فی المسلمین من الطرفین فلیس ثمة جهة الحمل علی الصلاح حیث کان الفریقان مسلمین فبقی حال القتل مشکلا فاوجبنا القسامة والدیة علی اهل ذلک المکان لورود النص باضافة القتل الیهم عند الاشکال وکان العمل بما ورد فیه النص اولی عند الاحتمال من العمل بالذی لم یکن کذلک انتهی وقال بعض الفضلاء طعنا فی المصیر الی الفرق المذکور الفرق ظاهر فان الظاهر ههنا حجة لدفع عن المسلمین فیصلح حجة وثمة لو کان حجة للاستحقاق وذلک غیر جائز فیجب علی اهل المحلة للنص انتهی اقول لیس هذا الفرق بتام فضلا عن کونه ظاهرا اذ لا نسلم ان الظاهر ثمة لو کان حجة لکان حجة للاستحقاق بل یجوز ان یکون حجة لدفع القسامة والدیة عن اهل المحلة ولا یکون حجة للاستحقاق علی المسلمین الذین قتلوا عصبیة فی ذلک المحل فیلزم ان یکون هدرا فلا بد فی تمام الفرق بین المسئلتین من المصیر الی ما ذکره المشائخ من البیان ونقله صاحب العنایة کما تحققته **قوله** ولو وجد الرجل قتیلا فی دار نفسه فدیته علی عاقلته لورثته عند ابی حنیفة رح قال صاحب العنایة اعلم ان المصنف رح قال فدیته علی عاقلته لورثته عند ابی حنیفة رح ثم قال فی دلیله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب علی عاقلتهم وفیه تناقض ظاهر ومخالفة بین الدلیل والمدلول ودفع ذلک بان یقال عاقلة المیت اما ان یکون عاقلة الورثة او غیرهم فان کان الاول کان الدیة علی عاقلة المیت وهم عاقلة الورثة فلا تنافی بینهم وان کان الثانی کان الدیة علی عاقلة الورثة ولما کان کل منهما محتملا اشار الی الاول فی حکم المسئلة والی الثانی فی دلیلها وعلی التقدیر الثانی یقدر فی قوله فالدیة علی عاقلته مضاف ای علی عاقلة ورثته الی ههنا کلامه اقول ما ذکره فی الدفع کلام مشوش خال عن التحصیل سیما قوله وعلی التقدیر الثانی یقدر فی قوله فالدیة علی عاقلته مضاف ای علی عاقلة ورثته فان حکم المسئلة المذکورة وهو وجوب الدیة علی العاقلة عند ابی حنیفة یعم الصورتین قطعا ای صورة ان کان عاقلة المیت عاقلة الورثة وصورة ان کان عاقلة المیت غیر عاقلة الورثة فما معنی تخصیص حکمها بالصورة الاولی ولمجرد الاشارة الی امکانها ثم ان تقدیر المضاف وعدم تقدیره متناقضان لا یمکن اجتماعهما فی محل واحد حتی یقدر المضاف فی قول المصنف رح فالدیة علی عاقلته علی التقدیر الثانی ولم یقدر علی التقدیر الاول کما یشعر به قوله وعلی التقدیر الثانی یقدر فی قوله فالدیة علی عاقلته مضاف ای علی عاقلة ورثته فالوجه فی الدفع ان یقال المضاف مقدر البتة فی قوله فالدیة علی عاقلته ای علی عاقلة ورثته فیوافق الدلیل ویتناول

وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور القتل بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيصير هدرا وان وجد رجلين في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان الآخر قتله فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك

الصورتين معا اما تناوله الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر واما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلان عاقلة الورثة واما فانهم اذا اتحدتا يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل يكون نسبتهم الى الورثة اولى بناء لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف رح في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف رح فديته على عاقلة الورثة اي على عاقلة ورثة المقتول لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من اهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحد وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا اولى مما ذكره صاحب العناية الا ان في تقريره ايضا شيئا من الركاكة فالا رجح ما قررناه من قبل تامل ترشد **قوله** وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم اعترض عليه ان الدية انما وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم تخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه اكثر الشراح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب انه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلة الورثة عند ابي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض ان تكون ديته له لا للورثة ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة ان دية المقتول على عاقلة الورثة في ثاني الحال اي بعد تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد ان كانت له اولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم اقول بقي ههنا اشكال قوي وهو انه تقرر ان دعوى ولي القتيل شرط وجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلابد من دعواهم فيلزم ان يكون دعواهم على انفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه ايضا بتحمل فليتامل واجاب صاحب الغاية عن اصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة مما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى اقول ليس هذا بشيء اما اولا فلان الدية اسم لما قدر شرعا من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في اول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرح به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلة الورثة لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم واما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو ان يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم لا ان يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على ان العاقلة اذا كانت اعم من ان يكون ورثة او غير ورثة كما صرح ذلك المجيب يكون الورثة ايضا من وجبت لهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

اقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس بتام في نفسه لان بيان اقسام الديات واحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان

قال والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به **قال** والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

بين ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل انواعهم واحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة احكامها فذكرها في هذا الباب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس ذلك بسديد لان مداره ان يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة احكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات وقد استوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات ههنا معرفة العواقل واحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب ههنا بل كان ينبغي ان يذكر في الباب او الفصل لكون المذكور ههنا اذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانها امر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب فكان ذلك سائر الشارحين انما اعتبه انه ذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد ههنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين احكام القتل الخطاء وتوابعه شرع في بيان من تجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها **قوله** والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره اقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطاء كلاما مستقلا ايضا فيلزم ان يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء خبره فيصير المعنى والدية كائنة او واجبة في شبه العمد والخطاء وهذا مع استلزامه ان يكون قوله والدية في شبه العمد والخطاء مستدركا لا طائل تحته ههنا اذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطاء قد ذكر مفصلا في كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل ويفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطاء على العاقلة اذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندي ان قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء صفته اي الدية الكائنة او الواجبة في شبه العمد والخطاء وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطاء وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحبا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور اصلا ويحصل المعنى المقصود بلا ريب **قوله** ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة اقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز ان يكون العطاء الخارج في سنة واحدة او في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن اخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة او سنتين فلا يفيد هذا التعليل المذكور للمدعى وهو التقدير بثلث سنين وايضا يجوز ان لا يكون العطايا الخارجة في ثلث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد ان تؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة في اكثر من ثلث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية ايضا كما ترى نعم يفيد التاجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التاجيل بثلث سنين لا التاجيل مطلقا **قوله** فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود اقول فيه بحث وهو ان القياس كان يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا ان الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلث سنين فانه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله عنه كما مر آنفا فينبغي ان يختص التاجيل بما ورد به وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل ان ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا انما يجب عندنا مؤجلا بثلث سنين فتامل بل يمكن دفعه **قوله** ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقابل اي للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العيني اقول كيف يكون ذاك هو الاصح وحينئذ يلزم ان يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج في العام القابل اي المقبل لا يكون الا في المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم الا ان يفرق بين خرج في العام القابل

يوخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية فى ثلث سنين فكل ثلث منها فى سنة وان كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان فى سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين فى السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية فى السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلث سنين وقال الشافعى رح ما وجب على القاتل فى ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس

وبين خروج العام القابل ويدعى امكان كون الخروج للعام القابل فى الماضى بان خرج العطاء فى الماضى للعام القابل اى لاجل العام القابل بطريق تعجيل عطاء عطية العام الاتى ايضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم فى النسخة الاولى ايضا كلام وهو انه قال فى جواب هذه المسألة يوخذ منها كل الدية ولا شك ان كل الدية لا توخذ من العطايا والتى خرجت للعاقلة اجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط الا انه يمكن ان يقدر المضاف فى قوله ولو خرج للقاتل اى لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسألة كما لا يخفى **قوله** يوخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال الشارح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اقول اداء ثم خرجوا هنا عن سنن الصواب اذ الظاهر ان قوله لما ذكرنا دليل على قوله يوخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المذكور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تاثير لكون الوجوب بالقضاء فى ان يوخذ كل الدية من العطايا الخارجة فى سنة واحدة فى مسألتنا هذه بل انما يكون قوله المذكور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح ان يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذى مسكة نعم لو جعل قوله المذكور دليلا على قوله معناه فى المستقبل يصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتبع وهو قوله معناه فى المستقبل وترك ما هو اصل المسألة ومقصود بالذات ههنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة على انه لو كان مراد المصنف ذلك لما اخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسألة بل كان عليه ان يذكره متصلا بقوله معناه فى المستقبل **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله ثلث سنين اقول هذا التحرير مختل اذ الظاهر ان خبر ما فى قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو فى ماله اذ لو كان خبره فى ثلث سنين لم يكن للفاء فى قوله فهو فى ماله معنى بل لم تظهر للضمير هو فى قوله فهو فى ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا ستره به عند من له دربة باساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبرا لما قبله فهو فى ماله لم يصح معنى الكلام فى المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق فى تحرير المقام ان يقال وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل فى ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ثلث سنين **قوله** ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه قال صاحب العناية فى شرح قوله ان القياس يأباه اى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس لانه لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهى لا تتناقض انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيحا اما اولا فلانه لو كان معنى قول المصنف ره ان القياس يأباه بمعنى انه لا يقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور ههنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس يقتضى عدمه والمخالفة انما تتحقق فى الثانى دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال فى الخطاء مؤجلا ان يتعدى غيره لان الذى لا يتعدى مورده انما هو ما يخالف القياس كما تقرر فى علم الاصول واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله وهى اى حجج الشرع لا تتناقض انها حجة المعمول لا يتناقض فمسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور باقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان اراد به ان حجج الشرع لا تتناقض مطلقا اى سواء كانت معمولا بها او لا فممنوع كيف وقد صنعوا فى كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبنوا احكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المذكور انه نقض ههنا قاعدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة اصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس فى معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء اقول ان قيد الابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مر فى اول كتاب المعاقل فانه لما قال فى الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره فى شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا احترز به عن دية تجب بسبب الصلح او الابوة فى القتل العمد فانها فى مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذى مسكة **قوله** ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اقول قد مر فى كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا اختص من

وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معنى نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

جميعهم وقالوا في بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزى فيه التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل ان يقول ههنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطاء دية كاملة باعتبار ان كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطاء دية كاملة كل ٦٦
منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على ان القتل لا يتجزى وقد صرح في كتاب الديات انه قد روي ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتامل في الفرق **قوله** وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته قال الشراح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس للنفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطي تحول الحق بقضائه الى المال انتهى اقول فيه نظر لانهم ان ارادوا ان ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطاء انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهو نص صريح في كون حكم القتل خطاء تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله لا قتل القاتل بمقابلته وذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضي باطلاقه ان يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطاء ايضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطاء مخصصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطاء منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل ان يخلق القاضي وان ارادوا ان ضمان المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى **قوله** وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون اقول فيه كلام وهو ان عدم كثرة الآباء مسلم واما عدم كثرة الابناء لكثرة الاخوة فممنوع كيف واخوته ابناء ابيه فاذا جاز ان يكثر ابناء ابيه فلم لا يجوز ان يكثر ابناء نفسه فتامل **قوله** وان كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء ان الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر او كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى اقول تفسيره العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز ان يفرض لرجل عطاء في كل ثلث من السنة فتخرج له في سنة واحدة ثلث عطايا والظاهر من التفسير المزبور ان يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف رح قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق ان يحمل قول المصنف رح والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية ان الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم ارزاق واعطيات فرضت الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم فعلم بذلك ان الرزق يفرض للمقاتلة ايضا انتهى اقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب احدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج للجندي عند راس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية واعطيات وقوله لا يحوز بيع العطاء والرزق فرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة

قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر من مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التنا

او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري ان العاقلة الدية في اعطياتهم ثلث سنين فان لم يكونوا اهل العطاء وكانت لهم ارزاق جعلت الدية في ارزاقهم وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني اولا بقوله فالفرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر انما يرد على ما نقله عن شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس ينبغي والعجب هنا ان صاحب العناية اختص بالذكر من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور ان المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في العطية دون الارزاق يأبى ذلك القول جدا **قوله** وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم قال صاحب النهاية اعلم ان القاتل انما يكون كاحد العواقل في اداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من اهل العطاء في الديوان واما اذا لم يكن هو من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية يؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى اثره في تفسير هذه المسئلة بالوجه المذكور اكثر الشراح منهم صاحب العناية اقول هذا مشكل عندي لانه قد مر في الكتاب ان من لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك ان قبيلة من لا يكون من اهل العطاء في الديوان فلا يكون هو ايضا من اهل العطاء في الديوان وقد مر ايضا انهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله واما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا يلزم ان لا يجب الدية على العاقلة ايضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من اهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وشبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية هناك ينبغي ان يجب على القاتل ايضا شيء منها وان لم يكن من اهل العطاء والعلة التي ذكرت في الكتاب وهي ان القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما قال صاحب النهاية ان قوله ههنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وان كانت هي القاتلة يخالف المسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ادخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تعد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية انتهى اقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة الا

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رح لانقطاع التناصر

ممنوع فانه اذا وجد القتيل في قرية امراة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شئ من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد رحمه الله كما ذكر في نهاية البيان والكفاية وغيرهما والمتاخرون وان قالوا ان المراة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الا ان تعليلهم اياها بقولهم لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبيل كتاب المعاقل يابى الفرق بين القاتلة حقيقة والقدرة قاتلة بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة والا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما لا يظهر بالتامل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتاخرين ان المراة تدخل في التحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس باصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتاخرين ما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو اصل رواية محمد رحمه الله انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل انه لو وجد قتيل في دار امراة انها قاتلة وتشارك العاقلة عند المتاخرين الا انه يمكن ان يكون هذا على رواية المتقدمين ان المراة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في نهاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل ان القتيل اذا وجد في قرية امراة تجب القسامة عليها والدية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وذهب المتاخرون الى انها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم ههنا قلت ثمه ايضا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد رح وانما استحسن المتاخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امراة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح القسامة عليها يكرر الايمان وذلك تناقض لا محالة فالجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمراة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها متحقق منها وتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالتقصير فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمراة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فيدخل المراة الى هنا كلامه اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسئلة مبتداة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمراة والعبد لا نفي صلاحيتهم للقسامة مطلقا اي سواء كانوا منضمين الى الغير لتكميل الخمسين او كانوا منفردين وحدهم لزم ان يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في امر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الفرض ان عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية للقسامة حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المراة كما ترى واما ثانيا فلان ما ذكره من ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عنديات لا يساعده العقل ولا النقل اما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احدهما بالاولى والاخرى بالثاني دون العكس او الجمع تحكم بحت واما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحد من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من راجع المعتبرات وقد مر الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب ايضا قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في اول باب جنايات المملوك ان اهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه ان ذلك مبني على الغالب انتهى اقول يابى هذا الجواب قول المصنف رح هناك لا عاقلة لهم لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب ان يقال المراد هناك نفي الوقوع اي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد

ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النبي عليه السلام قال مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا

ههنا بيان الجواز اي لو وقع التعامل فيما بينهم بما ذكرنا فيصير اختلاف ظلهم غير **قوله** ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من اهل البصرة اقول لقائل ان يقول قد مر في اوائل كتاب المعاقل ان العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في اداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب ان مقتضى ذلك ان لا يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من اهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته اهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدور ما عنه انما كانت بانصاره الذين هم اهل الكوفة فالتقصير في مراقبته وقت هذا انما وقع منهم اذ لا شك ان عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على اهل البصرة فكان ينبغي ان يقضي بالدية عليهم لا على اهل البصرة ويمكن الجواب عنه بان ما ذكر هناك حكمة ان خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لا علته وقد تقرر عندهم ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشيته ما ذكر هناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام خواص المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا ان المال انما يجب عند القضاء الى آخره ولا شك انه لا يقتضي بالدية على اهل البصرة لا على اهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال ان يقضي بالدية على اهل الكوفة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم يجب الدية عليهم حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد ان يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فتأمل

قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء عليهم بحيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب الى آخره قالت جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بدية على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم وكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله انتهى اقول نقل منهم القائلة مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من احد الى احد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضي به عليهم ولا شك ان التكثير لغاية النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف رحمه الله في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت تلك المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف رحمه الله في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان امر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تامل تقف **قوله** ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا قال في النهاية والدليل على انها لا تتحمل ما دون نصف عشر الدية ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى وقد اثره صاحب العناية اقول يرد عليه ان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية ثم قال وما في كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ارش مقدر هو اقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده ولا محالة لامكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فتنقض كل واحد من قوليه ان القصاص لا يجب في عمده وقوله ولا يتقدر ارشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب العناية اصلاح المقدمة الثانية اعني قوله ولا يتقدر ارشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر ان ما دون الموضحة ليس له ارش مقدر نفيا شبه

[illegible] الا ان يصدقوه [illegible] ولا تعقل العاقلة [illegible] ارش الموضحة [illegible]

[illegible] قال وما نقص من ارش الموضحة [illegible]

[illegible]

[illegible] الديات [illegible] مسلك الاموال [illegible]

[illegible] لا تعقل العاقلة [illegible]

[illegible] الا ان يصدقوه [illegible] ثلث سنين من يوم القضاء [illegible]

[illegible] الثابت بالبينة [illegible] بالاقرار [illegible] وتصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على العاقلة بالكوفة بالبينة

[illegible] على العاقلة [illegible] تصادقهما على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما

بخلاف الاول لان [illegible] في حق العاقلة [illegible] قال وان جنى الحر على العبد خطأ

فقتله كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يجب

قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف

فمال السؤال شرعا ان قيل [illegible] دية الاصبع في [illegible] قيل للسيار شرعا مقدرة [illegible] ما دون الاصبع ونحن انما شبهنا بما دون الموضحة بالاموال من حيث انه
لم يكن له ارش مقدر بنفسه انتهى لكن بقيت المنتقضة الاولى وهي قولان القصاص لا يجب في عمد ما [illegible] تدبر **قوله** والاصل فيه قول ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال
محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في
ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة رح جائزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قاله لكان الكلام لا تعقل
العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها
عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه
وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية
اقول الجواب محل الكلام اذ للخصم ان يمنع كون معناه ما ذكره ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا بالصيغة المجهول ومن صولح عن ذمته ومن اعترف بقتله
على صيغة المجهول ايضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فما تم الجواب الزاما **قوله** لان التاجيل من وقت القضاء
في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى قال صاحب العناية يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي
القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى انتهى اورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف ره في الدية بل في التاجيل كما لا يخفى
وقال ولعل الاولى ان يقال اذا ثبت القتل الخطاء بالبينة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار اولى ان
يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى اقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس كلام المصنف ره هنا اصالة في الدية ولا في
التاجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التاجيل في القتل الخطاء قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفي ما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام
ههنا اصالة في كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا اقتصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى
ان يقال الى آخره انما يفيد كون الدية مؤجلة الى ثلث سنين في هذه المسئلة لا كون التاجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان
ههنا هو الثاني دون الاول واما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا اولى وهذا يثبت
كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتاجيل الدية
فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التاجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتاجيل فيه من وقت القضاء لا من
وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون اقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهنا اولى انتهى **قوله**
وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف اقول فيه كلام وهو انه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره
في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل ان لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ان الاطراف

وفي بعض قوله تحمله العاقلة كما في الحر وقد مر قبيل ان اصحابنا هم ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رح رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه معناه في مسائل ذكرها محمد رح متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء آخر بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى تم القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني لكن العاقلة تبدلت حالها فالاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل تمام امكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

الاطراف يسلك بها مسالك الاموال فيعمه القاتل بالتفاوت في القيمة لما صرح به صاحب الغاية حيث قال هناك ان الاطراف يسلك بها مسالك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في احد جنبين طرفي الحر والعبد فلا تتحمله العاقلة كضرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس مرة بامعنى قوله على ان عرف افمعنى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلتنا من تحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هناك ايضا مع تخلف الحكم تأمل وان كان مراده بما ذكر في فصل بعد باب جناية المملوك من ان المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في الانفس هي الآدمية دون المالية عندنا جاز ان لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية لكن الشارح احد يستوضح اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكلية الا انه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على اصل ابي حنيفة رح فانه يعتبر المالية والآدمية معا في اطراف العبد وانما يتم هنا على اصل ابي يوسف رح ومحمد رح فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان قطع يد العبد والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين ائمتنا فالمعنى لا ينبغي دليلها على اصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى **قوله** وفي احد قوليه تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال صاحب الغاية اي في اول فصل باب جناية المملوك واقتفى اثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك اصلا سائر الشراح اقول لو كان مراده من قوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلثة كانت حوالته هنا غير صحيحة قطعا اذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس الا عند الشافعي رح ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت اقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بموضوع في آخر هذا الكتاب وانما الموضوع في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من اصحاب التصانيف اوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب يمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا ايضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في اوائل كذا او اواخره فان صيغة الجمع لا تمشي في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما تخلص في ذلك بتعميم الاول والآخر الحقيقي والاضافي ويمكن ان يقال ايضا لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل ايضا جعلوه في حكم العدم فاعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع كذا في عامة الشروح وقال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حيوته او بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا او منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون لبعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله و
حقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما انها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة
فيه ايضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول
وبالى في المعنى الثاني فحينئذ يكون ذكر تلك المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه اقول ما عده تحقيقا ليس بشئ اما اولا
فلان التي يكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال
لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال اوصى لحقوق الله تعالى او لحقوق العباد ولا يقال اوصى اليها كما لا يخفى فبقي امر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل
التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين المذكورين قط واما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة
ايضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجئ في الكتاب لا ريب في عدم شمول شئ من المعنيين المذكورين لشئ من تلك المسائل فبقي امر
التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن اين كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك
عندنا تحقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم اقول الوجه في التفصي عن امر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شرعا على ما ذكره
صاحب البدائع حيث قال واما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هي ايجاب
بعد الموت فانهما يشملان هذه المسائل جملة كما لا يخفى على المتامل والوجه في التفصي عن امر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات و
المنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما اوجبها الموصي في ماله بعد موته او مرضه
الذي مات فيه انتهى فانه يشمل كله جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير
في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم
يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية تصح والا فلا وانما يعرف حيوته في ذلك الوقت بان ولدت قبل ستة اشهر حيا وكونه
اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة
الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية ونقل في الغاية ايضا
بطريق الاجمال اقول فيه قصور بل خلل اما اولا فلانه جعل من شرائطها ان لا يكون الموصي مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة و
الشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره واما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية
لا كونه حيا فيه الا ترى انهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة اشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حيوته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين
في الرحم وبا قل مدة الحمل عن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط ان يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحيوة اصلا واما ثالثا فلانه جعل من شرائطها
ان يكون الموصى به بمقدار الثلث لا زائدا عليه وهو ليس بسديد على اطلاقه فان الموصي اذا ترك ورثة فانما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم يجزه الورثة وان اجازوه صحت وصيته
به واما اذا لم يترك وارثا فيصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بان يكون له وارث واخرى بان لا يجيزه الوارث
باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا منه قال بعض المتاخرين في حل هذا التركيب اعني ما يجوز منه وما يجوز منها مستحب منه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه

وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الابدال يفيد ان المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا بان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى اقول فيه خلل فاحش اما اولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ره ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال اي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك ان ذلك التقدير ان صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شئ فلم يبق من جنس الوصية شئ يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قيد كل منهما الشئ يخرج ما يستحب منه لا يبقى في ذلك شئ يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين مع بعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل اصلا لا مجرد رفع التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما فيجوز ان يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل اصلا فمن اين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز ان يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به بتقيد معنى المقام اذ يلزم حينئذ ان يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في اول الباب من ان الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط فالصواب ان لا تقدير في شئ من كلام المصنف ره ههنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها اي عن كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شئ اصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في اثناء مسائل الباب مما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة ان يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لا لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب واما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا بان المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم ان الظاهر ذلك ولا نسلم ان احدا منهم صرح به وانما الذي صرحوا به ان صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف ره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لا ان مراد المصنف ره بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة الا يرى انهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف ره باب في صفة الوصية الى آخره وكم بين المقامين واما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورده المصنف ره بالواو العاطفة على فرض ان يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه هذا القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية اي ما يستحب منه وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكان هذا القائل نسي قول المصنف ره وما يستحب منه عند كتبه قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمري انه عجيب من مثله قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة اقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر آنفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك ما يستحب منه ولا ما سياتي في الكتاب من ان الوصية بالثلث للاجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية اولى فكان الظاهر ان يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة او جائزة اللهم الا ان يوجه قوله وهي مستحبة بان المراد به ان غاية امرها الاستحباب دون الوجوب لا انها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى امرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية بحقوق الله تعالى كالصلوة والزكوة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في الغاية اخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب جوازا لا بالاجة قال وهي مستحبة انتهى اقول في قوله

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظرا لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقربين بل الظاهر ان الرد بقوله ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في اسلوب تحريره سماجة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الى آخره عن مجموع القولين ان يكون الآية المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر ان تكون دليلا على قربهما والتحقيق انها لا تصلح لان يكون دليلا على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا انه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل ان يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصية مكتوبة عند رأسه انتهى فجاز ان يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني دليلا على القول الثاني بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب اما صاحب العناية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم ان الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى مستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا ان تذكره ههنا **قوله** وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس المذكور واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد تقرر المالكية بعد الموت فانه قال في وجهه ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى فاللازم من تقرر المالكية بعد الموت انتفاء اولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا ان يتمحل بان يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قاطعا له عن عرقه والاوجه ان يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع تقرر الملك تدارك دفعه بان قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى المالكية بعده في حق من يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث **قوله** وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين قال صاحب العناية وقد استدل ابو بكر الرازي على النسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقرره ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها وبين هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل لعداى وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى اقول يرد عليه ان هذا لا يدل على ان الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى ايضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن اين يلزم انتفاء وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر المواريث عن الوصية التي شرعت ايضا كما هو المذهب في مقدار الثلث وعن هذا اورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ باية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى

قال ولا يجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه

ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب هذه الوصية عليها في قوله فاذا كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبها عليها انتهى اقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية اتباعا لكلام الله تعالى فانه تعالى قال في اول آية المواريث يوصيكم الله في اولادكم وقال المفسرون اي يامركم ويعهد اليكم في شان ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف قال بعض المتاخرين يعني ان هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك ان قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على اصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث واصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الا ان لقائل ان يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث ان القول بالنصف لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا انتهى اقول هذا ايضا ليس بتام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الا ان قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير اعط الثلث او صح الثلث او بالرفع على انه مبتدأ محذوف الخبر اي الثلث كان او على انه فاعل محذوف الفعل اي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد به ان الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد اشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص الثلث والثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد رضي الله عنه فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا ممنوع **قوله** ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به واوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال املاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى اقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الوصية وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث يتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض او في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر **قوله** الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتاخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث اراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لا انه لا يجوز هذه الوصية اصلا وقال هنا فان قلت كيف جاز اعمال اللفظ الواحد في

لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى

بعض مدلوله دون بعض وباي توجيه امكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله اوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة اوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله اوصيت له بعشرة الاف درهم وقد كان ماله ثمانية الاف بمنزلة ان يقال اوصيت له بثمانية الاف وبالفين الى غير ذلك صيانة لكلام عاقل عن اللغو بقدر ما امكن وحذرا عن البطلان حتى يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التاويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى اقول حسب انه اتى بما يهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر انه انما ارتكب شططا فان صحة بعض اجزاء شئ واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى انهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة او جمع بين عبد ومكاتب او ام ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر او المكاتب او ام الولد بناء على ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح والمحذور بحسب العقل انما يلزم ان لو كان محل الصحة والفساد واحدا واما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شئ ذي اجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا اصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا امر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء مهما امكن والحذر عن البطلان حتى يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو اليه اصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة او ابقيت على حالها الظاهر من كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض ههنا امر وهمي لا اصل له كما ترى **قوله** لان الساقط متلاش قال الشارح فاطنبه قول المصنف ره هذا تعليل لقوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث انتهى اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حيوة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة اصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع الا يرى انه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق حقه اصلا واما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة اخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شان المصنف ره والحق عندي ان قول المصنف ره هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم ان يرجعوا عنه يعني ان اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى **قوله** غاية الامر انه يستند عند الاجازة وفي بعض النسخ عند الاستغناء لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا انه يستند الى اول المرض فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي ان يصير اجازتهم في حال حيوة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاسناد فاجاب بان الاسناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذ الحقها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان وهذا اي ما نحن فيه من الاجازة في حال حيوة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقته فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير اشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب ههنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة

ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا يبطل الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه

قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلم يلحقها الاستناد انتهى اقول فيه خلل فانه قال في اول تقرير السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفة المحل هو الذي قد كان منع في اول السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى **قوله** ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق انفا من قوله او الحق يثبت عند الموت الا ان المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى اقول منشا توهم المخالفة الغفول عن قيد المجرد في قول المصنف رحمه الله وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق انفا او الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة اصلا وانما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى ان يحمل على ذلك قول المصنف رحمه الله وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتامل الصادق **قوله** فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله يعني فلو استند ملك الورثة الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لتوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا وجه الدفع انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما بينا انتهى اقول لمانع ان يمنع استلزام ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا انقلاب الحق حقيقة اصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز ان يظهر مجرد تعلق حقهم بمال المورث من اول المرض في كلا الامرين معا بدون ان ينقلب الحق حقيقة اصلا اذ لا ريب ان لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت ايضا اجتهاد مالك وابن ابي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الولد اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمه لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا نجيز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى اقول فيه خلل لان قوله فنحن بين امرين الى آخره متفرع على ما قبله ليس بسديد اما اولا فلان قوله واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد ان قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وان انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على ان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت واما ثانيا فلان قوله ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع ان ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك اصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين امرين الى آخره بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب ايضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح ابيه قبل موت ابيه بما ذكره قبله كما فعله صاحبا النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين امرين الى آخره انتهى اقول ليس شيء من كلاميه بمستقيم

وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن **قال** ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

الا التفسية بالجرح فلان الجرح من احد هما دون الاخر لا اثر له فيه الا ان يموت المجروح حتى يقال ان السبب الجرح المتصل بالموت بل انما السبب الجرح الواحد الصادر عن الجارح المذكور الا انه حين لم يكن قاتلا تعين انه وبالموت يظهر انه قاتل بخلاف المرض فانه حالة الله تعالى يتكرر ويتجدد الى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب فافترقا واما قوله ولهذا لو كان الجرح بين الحياة والموت فلان التفريع ثاني ذلك كما لا يخفى على من درية باساليب الكلام **قوله** وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي ره من قبل الوارث قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي ايضا اقول تحقيقه قصور وافي تقرير وجه قول الشافعي ره في مسئلتنا هذه حيث قيد المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم ان لا يتمشى فيما اذا كان ما اجازه الوارث اقل من قدر الثلث او كان قدر الثلث كما في صورة اجازة الوصية لوارث او قاتل باقل من الثلث او بالثلث فان الحكم في تلك الصورة ايضا داخل في كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروه من الدليل الشافعي ره فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه قول الشافعي ره ههنا ما ذكر في معراج الدراية من ان الشارع ابطل الوصية بما زاد على الثلث ولوارث وللقاتل والاجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تمليك بلا عوض انتهى فانه يعم الكل ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب **قوله** ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل اقول لقائل ان يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وعموم قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونه حيث شئتم او قال حيث شئتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل اخبار الاحاد لا يصلح ان يكون مقيدا لاطلاق الكتاب قط على ما عرف في اصول الفقه وان صلح صح ان يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فانما يتصور ذلك عند ثبوت تاخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة فيلزم ان يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن اين يتم هذا الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في اول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لقاتل وهذا نص وروي انه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى اقول ليت شعري من اين تبين ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص ان يكون المخصص متاخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تاخر هذا الحديث لم يصلح لان يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في اول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه **قوله** ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث قال في العناية ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغائظة الورثة بمقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى اقول لا الرد شيء ولا الجواب اما الاول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان عن الوصية مطلقا على الحرمان عن الميراث حتى يرد بان حرمان الميراث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل عن الوصية على حرمانه عن الميراث لعلة الاستعجال الفعل المحظور وهو القتل ولا شك ان هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما واما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغائظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركتهم ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز ان يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة اياه وتركهم المغائظة كما جازت الوصية له عند ابي حنيفة رح ومحمد رح

وقيل ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث وافهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ابو يوسف رحمه الله تعالى
ويشهد لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه
قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث

اجازتها الورثة وليس كذلك كما ترى جوابه وايضا لو كان الامر كذلك لزم ان لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا ولكن ان
سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة عنه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة له بابلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له ايضا
في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الميراث واليه اشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب الكافي
حيث قال ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل المصنف من عهدة
الوجه قياسا على طريقة اعتبرها جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل انتهى اقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة ان يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في
الملحق بالدلالة بطريق الاولوية او بالتساوي ولا يتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على اصل ابي حنيفة ره ومحمد ره فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل عن الميراث
لا يتغير ولا ينكسر باجازة الورثة اصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء اجازته الورثة او لم يجيزوه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير وينكسر باجازة الورثة عند
ابي حنيفة ره ومحمد ره ولهذا يصح الوصية له عندهما باجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث اقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط
طريق الدلالة في شان الوصية على اصلهما ثم اقول ههنا احتمال آخر وهو ان لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة
بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه انه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث ليتم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما اخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه
عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور اصلا ويسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لا يخفى **قوله** ولهما ان الامتناع
لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اقول ارى دليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر
فيما مر ان الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا اجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية للقاتل بدون اجازة
الورثة فكيف يتصور ان يكون الامتناع في قدر الثلث ايضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان
مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الارث ايضا لحقهم فلزم ان يجوز وراثة القاتل ايضا باجازتهم عندهما ولم يقل
به احد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد
(٢١٠) فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا تعمل فيه تصرف العبد انتهى اقول فيه نظر
لان الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بان احدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا في ان حرمان القاتل
عن الوصية كحرمانه عن الميراث ام لا ولا شك انه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة
العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى ان تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع احدهما دون الآخر وبعبارة اخرى ان الميراث
وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا ان حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز
ان تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وصنعه **قوله** ولانه حيف بالحديث الذي رويناه قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه
اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة في خصص بعض اولاده في العطية انتهى اقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم لمصنف في كتاب الهبة ذكر حديث فيمن خصص بعض اولاده في العطية بل لم يتقدم
منه ذكر تلك المسئلة قط فكيف يتصور حوالته عليها ههنا والصواب ان مراد المصنف ههنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في
الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه قال صاحب النهاية ومعراج الدراية على

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل فى حق الراد

على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب العناية اى على عكس الوصية بتاويل الايصاء المذكور رد عليه التاويل الثانى بعض الفضلاء بان قال الوصية هى المذكورة بانها لا المذكور فالاولى او ماذكر انتهى اقول رده ساقط لان الوصية انما يكون هى المذكورة فالاحتياج الى تاويل التانيث لا المذكور ان لو كان الالف واللام فى اسم المفعول حرف التعريف وقد تقرر فى علم الادب ان الالف واللام فى اسم الفاعل واسم المفعول عند غير المازنى من عامة ائمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم فاعل او مفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور فى معنى ماذكر فيعود الضمير المستتر فى اسم المفعول الى الموصول الذى هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث فى لفظ ذلك الموصول فانه فى اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمونث ايضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها اعتبارا للمعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر فى كلمة ما ايضا كذلك فلا فرق بين المذكور وماذكر فى جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات اهل العربية يؤولون المونث التى عبر عنها بضمير المذكر او باسم الاشارة المذكر فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفاسير ايضا بالمذكور كما يؤولونها بماذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم بتاويل المذكور فى امثال هذا المقام ان يقال بتاويل الشئ المذكور على ان يقدر الموصوف المذكر كان الامر اسهل حيث ارتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا فى تفسير قول المصنف رح واقرار المريض للوارث على عكسه اى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت قال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك فى مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو اجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ماذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ماذكر فى النهاية على الوجه المزبور وارى ان اطلاق المصنف رح يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه لا فى المحروم ومن فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى اقول فيه نظر لان مدار التوجيه الذى ذكره على ان مراد المصنف رح بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك كان مراده به فى قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ايضا ذلك ولا لم يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان امر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث فى الموضعين ولو كان مراده بالوارث هناك ايضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى ان الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصى يجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ماذكره الامام قاضيخان فى فتاواه ونقله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو انه لو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرث وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر ان المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد فى صورة الاقرار بماذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب البناية رد على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال ذكر فى وصايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصرانى او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال ثم قال فعن هذا عرفت ان ماذكر بعضهم فى شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو انه قال اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب هو من تركته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض فى المعنى للمولى والمولى اجنبى منه انتهى اقول الساهى هنا صاحب العناية نفسه لان

قال ويجوز ان يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية والثانى لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية

وذلك البعض الذى نسب السهو اليه فان الشرح ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا عن كتاب الاقرار فى فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سياتى وعرف صاحب الغاية ثمه بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من انه سهو منه لا يصح نقله مغفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض ههنا يخالف ما فى وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه ههنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعزيز فى كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المصنف ره واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله اى يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب فى الحال ولهذا يملك المقر له فى الحال ويصح رده فى الحال انتهى اقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيخان فى فتاواه فى فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال لو اقر لوارث ثم خرج من ان يكون وارثا بان اقر لاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتاخرين ههنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال فى بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة الاطناب الممل **قوله** قال ويجوز ان يوصى المسلم للكافر قال فى الكفاية اراد به الذمى بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى اقول فيه ان قوله ويجوز ان يوصى المسلم للكافر لفظ القدورى والتعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب انما هما من كلام المصنف ره فكيف يصح جعل كلام المصنف ره دليلا على ارادة القدورى بالكافر الذمى دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على ان المراد باهل الحرب فى رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستامن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربى هو فى دارهم باطلة كما ذكر فى الكافى وغيره فبقى الحربى المستامن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف يكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر فى لفظ الكتاب هو الذمى دون ما يعم الحربى المستامن وقد صرح فى المحيط وغيره بانه يجوز ان يوصى المسلم للحربى المستامن فى ظاهر الرواية كما يجوز ان يوصى للذمى نعم يجوز ان يكون اختصاص التعليل الذى ذكره المصنف بالذمى دليلا على حمل المصنف ره مراد القدورى بالكافر على الذمى وان لم يكن دليلا على ان يكون مراد القدورى بذلك فى نفسه هو الذمى واما ما ذكره المصنف ره رواية الجامع الصغير التى تختص بالحربى الغير المستامن فلا يكون دليلا على حمل المصنف ايضا اياه على الذمى فقط كما لا يخفى **قوله** وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة قال شراح الجامع الصغير ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغى ان يفعل وان فعل جاز ويثبت الملك لانهم من اهل الملك انتهى واقتفى اثرهم صاحب الكافى وشراح هذا الكتاب اقول والانصاف ان لفظة باطلة فى عبارة الجامع الصغير تاباه التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم ان الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور فى الجامع الصغير لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم اقول لعل الرأى ههنا رأى صاحب المحيط فانه لم يقبل توهم ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى بل نقل ما ذكر فى السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربى حيث قال وفى شرح الطحاوى قالوا وذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى واختلف المشائخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر فى الاصل وبين ما ذكر فى السير فقال لا ينبغى للمسلم ان يوصى للحربى كما فى الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر فى السير الكبير ومنهم من قال فى المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور فى السير الكبير ان الوصية للحربى باطلة وصورته المذكورة ثمه لو اوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربى الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن له من ذلك شئ وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز فى اصل المسئلة ونص على البطلان

الى قبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر
قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص
صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت
الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام
افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا

في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتامل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد ان ذكر التوفيق ان المذكور في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية
قال اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستامن فان للحربي ما دام في دار الحرب
ممن يقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه اقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو اوصى
مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن ان يكون المستامن هو المراد مما ذكر في السير الكبير **قوله** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له
في حال الحيوة او ردها فذلك باطل قال بعض المتاخرين لا يخفى ان بيان وقت القبول حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك
بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن ان يتوسط بينهما مسئلة استحباب التوصية بما دون الثلث انتهى اقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط
عشواء لان بيان وقت القبول اذا كان حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول
الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي ان يقدم انما هو ما حقه ان يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم ان يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره
وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكانه اراد ان يقول لا يخفى ان بيان وجوب القبول حقه ان يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره حيث عكس الامر **قوله**
ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم اقول لقائل ان يقول كما ان
في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة اغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم والصدقة اولى من الهبة كما سيجيء التصريح
به في تعليل كون الوصية بدون الثلث اولى من تركها فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فينبغي ان يكون التكميل ايضا اولى من التنقيص فيما اذا
كانت الورثة اغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب ان في التنقيص اصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا اصلها لتحقق اصلها
بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن اصلها اي بالكلية وليس في اختيار التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت
بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة وهي فضيلة الصدقة و
لا ريب ان العمل بهما اولى من العمل باحدهما فقط **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها اقول ولقائل ان يقول قد حكم فيما مر انفا بان الوصية بدون
الثلث مستحبة سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء ولا شك ان المستحب هو الذي كان فعله اولى من تركه فما معنى الترديد ههنا بان الوصية باقل من الثلث اولى
ام تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الى آخره والجواب ان الاستحباب في قوله سابقا ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر
الى قوله ان يوصى الانسان بدون الثلث اي ليس مستحب الافادة في ذلك الكلام قيده بنفسه كل معناه ان التنقيص عن الثلث
في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي ان يكون التنقيص من الثلث في الوصية اولى من التكميل مطلقا ولهذا قال
المصنف رد في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي ان يكون ترك الوصية بالكلية اولى من التنقيص عن الثلث ايضا في بعض الصور
فبين المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية اولى وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى فلم يكن ترديده
وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق انفا بل كان يلاحظه ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام
افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح والكاشح العدو الذي ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا
التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان الحديث حينئذ انما يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم

وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى
لان كل منهما من نفسه وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي لانه اخت الميراث
اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسألة واحدة وهي ان يموت الموصي
ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله
بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما
في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه
فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان تبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال
الشافعي رحمه الله تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم
تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالالزام قوله والاثر
محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا

لم — الكاشح لا على افضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد نبه عليه بعض الفضلاء حيث قال نهذا الحديث لا يفي تمام المدعى ولذلك لا يصدره باداة
صدره — التعليل انتهى الا ان قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل ههنا سواء صدرناه باداة التعليل او لم يصدره بها ولهذا
صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتاخرين كانه قصد رفع ذلك القصور عن اصلاح المقام قال
في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي كل صدقة على القريب اولى من الصدقة على غيره اقيم دليلها مقامها
وهو قوله وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص
الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى اقول ليس ذلك ايضا بتام فانا ان غمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على
افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح بمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها
على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذي الرحم انما يدل على ان لكون المتصدق عليه ذا الرحم تاثيرا في فضلية الصدقة كما ان لكونه كاشحا تاثيرا فيها
ولا يلزم منه ان يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح افضل من التصدق على ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء احد سببي الافضلية المستفادين من الحديث
المزبور فمن اين يعلم افضلية احدهما من الآخر تامل تقف قوله وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من
اذ — القريب والاولى اولى اقول لمانع ان يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا والاجنبي الموصى له قد يكون غنيا ايضا فلم يثبت اولوية الوصية من تركها على
الاطلاق فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فتدبر قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية
صورة الاول ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثاني ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا
من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى اقول في تصوير الثاني بما ذكروا نظر لان الموصي اذا باع شيئا من الموصى له يصير راجعا عن وصيته كما يجي
تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصيته بما باعه من التركة ببيعه وعدم
تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب قوله ومن اوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لان الدين
مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع اقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكوة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في
التعليل البسيط بان يقال بانه حق العبد واداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد يكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله
الفائتة كالحج والزكوة ونحوهما وايا ما كان يقدم الدين عليها اما في الشق الاول فظاهر لان اداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة واما في الشق الثاني
فلان الدين حق العبد وحق العبد يقدم على حق الله اذا اجتمعا لاحتياج العبد وغنى الله تعالى كما عرف في محله قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية الشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز
عندنا قال صاحب الغاية وفيهما نظر عندي لانه صرح الراوي لانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يصح ان يقال انه كان ادرك ولكن سمي
مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى وذكر صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم
انهم — يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في التجهيز واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى البلوغ حقيقة فيجوز ان يكون

وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بهلا فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا تصح عنده وتصح عندهما اذا قال المكاتب كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيهما معروف في موضعه

الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لابنه عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه انتهى اقول ليس فيما ذكر الجواب يسد يدا ما ولا فلانه اذا كان لفظ البالغ في الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يبعث على بلوغه زمان كثير كان معنى البالغ حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في اصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم ان يكذب في مسئلة ولا يخفى ما فيه واما ثانيا فلان قوله وقوله انه اذا اوصى لابنه عم له بمال اياه لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه ممنوع جدا فان معنى اوصى له بمال تمليكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه لا يكاد ان يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر انه اوصى الى ابنه عم له بالكتابة الى بدل كلمة اللام لم يلزم المنافي لان معنى اوصى اليه جعله وصيه فيجوز ان يكون ابنه عمه وصيه في تجهيزه وامر دفنه ولما كان المروي في ذلك انه اوصى لابنه عم له بمال لم يبق للتاويل المذكور مجال قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه قال في العناية قوله وهو يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بينا اشارة الى قوله اذا ترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه انتهى اقول فيه اشكال لانه ان اراد ان قوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة الى آخره اي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وان كانوا اغنياء يلزم ان لا يتم كلام المصنف ره ههنا فانه انما يمشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رح ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا اغنياء ويلزم ان لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان اراد بقوله الى آخره الى قوله والموصى به يملك القبول ليتناول صورة ان كانوا اغنياء ايضا يلزم ان لا يجري كلام المصنف ره هنا وكلام الشارح ايضا في صورة ان كانوا اغنياء الا على القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها لا على القول المختار المذكور هناك اولا وهو كون الوصية اولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتاخرين ههنا بعد نقل ما في العناية وفيه ان التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى اقول ان قوله فلا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا افضلية في الترك في صورة ان كانت الورثة اغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار او الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود ههنا هو الجواب عن قول الشافعي ره ولانه نظر اليه بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب ان ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف ههنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا اغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها يكون الوصية افضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة ايضا وعن هذا اورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما اورده ذلك البعض ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك اورده المصنف بصيغة التمريض قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر وقت الوصية اي تجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط ان يعلم انه موجود في البطن وقت الوصية له او به بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف ره او من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث في نكتة الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتاخرين بعد ان شرح المقام بهذا المنوال اقول ليس معنى هذا الاختلاف على الاختلاف في انه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصي او لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية ايضا للاتفاق من مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيخان وغيره ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي

قال وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا

لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل انه اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين ان منشأ الاختلاف ليس هذا بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وفسد لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض اقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها وقت الموت فقط لا وقت الوصية ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان ان المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصي او وجوده يوم الوصية فذكر فيه ان حاصل هذا الفصل ان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من اوصى لانسان بعين لا يملك ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى بها في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق بها حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية بها فلو قال اوصيت لك بثلث غنمي او بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي اغنام بعد ذلك قبل ان يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي فاذا اوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فله ثلث ماله الذي اكتسبه الموصي ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر بذلك ان المعتبر لصحة الايجاب في اكثر اقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت فلا معنى لقوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها اي وجود الموصى له او به وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا وكذا في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب وليس بتام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز ان يعتبر وجودها وقت وجود ذلك السبب كما يجوز ان يعتبر وجودها وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا نشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضيخان وسيجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله اوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي تجيء في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال واما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل انه اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ثم مات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه ان يكون الجواب في غير ظاهر الرواية ايضا كذلك سيما عند الطحاوي فمن اين يثبت الاتفاق في ذلك وعن هذا قال صاحب البدائع لم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين ان منشأ الاختلاف ليس هذا بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح اذ لا نسلم اولا ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت بما في بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ بل يكفي كونه موجودا وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من اساطين الفقهاء سيما اصحاب ظاهر الرواية ان لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغي ان ينسب الى احد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت بحكم بحث بل المعنى لما ثبت وتحقق

[illegible] وقت الوصية [illegible] فالتحق بالموجود قال ومن اوصى بجارية
الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه
وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او
فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة
ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين
الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه
حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه
او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب
الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح لانه

في بطنها واما كون ثبوته في وقت الوصية او في وقت الموت فامر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما التعيين لشيء
آخر هو محل الاجتهاد بين الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجه ما ذكره الطحاوي ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية
ان وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم ان كلام صاحب الكافي ههنا اضطرب اذ اوله
دل اوله على ان اعتبار المدة من وقت الوصية فيما اي في الموصى له وبه وآخره دل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى اقول ان صاحب الكافي
قال في اول كلامه ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة فيجري فيه الوصية
لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت حتى جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان احدهما ان يكون المضاف
مقدرا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى ان وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق اول كلامه آخره وقد اشار
صاحب معراج الدراية الى تاويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلام ما ذكر في المبسوط وثانيهما ان يكون مراده بايراد آخر كلامه مخالفا لاوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين في
تعيين اول المدة التي يعلم بها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم انه اخطأ في قوله وآخره دل على انه من
وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لانه قال فيه واما الثاني ولا ريب ان الثاني في قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل
هو الوصية بالحمل ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى اقول
ليس ذاك ايضا بسديد لان عبارة الكافي في اول الكلام هكذا ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ولا يخفى ان قوله من وقت
الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا اقل من ان يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن اين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية
بما اذا اوصى له نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا اوصى بالحمل وبهذا يرى المخالفة بين اول كلامه وآخره
والمخلص ما بيناه آنفا من احد الوجهين فتبصر **قوله** واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية قال صاحب العناية في شرح هذا
المحل واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسألة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت
وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى اقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله او الموت في قوله من وقت الوصية او الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضي ان لا يصح قوله فبذلك يعلم وجوده
وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير ان وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية اصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يمكن فيها
زمان وضع الحمل اكثر من ستة اشهر من وقت الوصية وهذا مما لا سترة به **قوله** ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا حملها
فسد البيع مع امكان جريان مقدمات هذا التعليل هناك ايضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل
مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه
منها كما سياتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا معنى للمخلطة ثم ان صاحب العناية قال في شرح
اول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها
وسراويلها مما يتلبس بها انتهى اقول مقتضى تقريره هذا ان يكون قول المصنف رح لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى القياس من الشكل الاول كبراه مطوية

وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا

وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وان يكون ذلك القياس على حدة دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو انه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف او المنع عن دخول البعض مما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف رح في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل حال من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل واما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن ان يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا ان لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز ان يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناوله حيث قال ان اراد مقصودا فليس كذلك وان اراد تبعا فالحمل كذلك انتهى اقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك ان المراد ان اسم الجارية يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك في حد ذاته ليس بشيء اذ لا ريب ان اسم الجارية فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية يتناول جميع اجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصاء الجارية بدون يديها او رجليها ونحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون اجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال ايضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف رح في البيوع ويمكن انفكاكه عنها بوضعها اياه فجاز ان لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل كيف يصح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيما قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار ان ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار ايضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتامل في الفرق انتهى وقصد بعض المتاخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ بما ذكروا في كتاب الاقرار انه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر الدار والبناء لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به ههنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولم يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته ان يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى اقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير ان لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له واما على تقدير ان يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك اصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء ان حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير ان يصح الاستثناء غير بنائها هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين اول الكلام وآخره في امثلة الاستثناء فظهر انه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار فظهر انه لم يصر الى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد ايضا اذ لو كان الامر كذلك لما احتيج الى شيء من التعليلات المذكورة في الكتاب لمسئلتنا هذه ولزم ان يكون ذلك من قبيل التزام ما لم يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية ستجيء بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة **قوله** وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا قال بعض المتاخرين قلت هذا الكلام ظاهر في ان النفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وابن هذا من ذاك انتهى

اذ لا بيع

بانا لا نسلم

ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمها ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

اقول ليس المراد بقول ابي يوسف ان جحود الوصية يكون رجوعا عنها ان الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد انهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا محذور على ان ما ذكره ذلك البعض على التقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف ره في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتامل فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت **قوله** ولمحمد ره ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل لمحمد ره ان الجحود بان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لان الاستمرار لذلك الى ثبوته بالمغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل اسم كان في قول المص واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف ره لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح ان يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب واما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم ان يكون قول المصنف ره في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك في الحال او في غيره من الازمان واما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق فائدة قول المصنف ره والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له اصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك او لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية ووقع في بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل انتهى اقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معنى كلام المصنف ره واذا كان الوصية او الحق ثابتا في الحال لعدم كون الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء الجحود ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الغرض انه اوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان لنفي الماضي باطلا لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فلا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة قال في العناية فيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول لان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا ينافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى اقول فيه بحث اما في جوابه عن النظر الثاني فلان جواز استعمال الجحود في الرجوع جوازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية ان لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا اصلا بل يجوز ان يكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي ايضا كما افصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول ابي يوسف ره ووجهه ان الجحود كذب حقيقة الا انه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وامكن حمله على الفسخ لان الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد احد المتعاقدين لان هناك يتعذر حمله على الفسخ لان احد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد بخلاف ما اذا جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك ايضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لأنه يضيق الثلث عن حقيهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة **قال** وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الأول أيضا نظرا إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا **قال** ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن تجيز الورثة لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه السلام فيما يروى

لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق إذ لا مشابهة بينهما لأن الجحود نفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

باب الوصية بثلث المال لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق بها في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية **قوله** وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبي حنيفة رح بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعبد بعينه لإنسان قيمته ألف ولعبد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع أنه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبد أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال حيث يصير العبد ثلث المال انتهى أقول فيه خلل لأن الموصى به بعينه إذ ذاك هو العبد وثلث المال لا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى لهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جدا لأن العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في تلك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة رح هنا بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل **قوله** لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار إليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد نقل ما في الهداية ههنا وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث انتهى أقول ليس هذا النقض بوارد لأن المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل انتهى **قوله** ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينتقص عنه أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لو كان المراد بها المعنى لما كان لأداء هذا المعنى بمثل هذا التركيب المفصل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن قول المصنف في تعليل قول أبي حنيفة رح في هذه المسألة وله أن السهم هو السدس إلى آخره يقتضي أن يكون ما للموصى له في هذه المسألة عنده هو السدس مطلقا أي سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فإن في رواية الجامع تجويز الزيادة على السدس ومنع النقصان عنه والتعليل المذكور يأبى ذلك قال صاحب العناية فإن قيل أخس الأنصباء أقل والثمن أقل

ولانه يذكر ويراد به السدس قال اياس قاضي البصرة السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة
فيعطى ما ذكرنا قال وهذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة انتهى اقول الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي مجيء السهم بمعنى
السدس لاجعل اخس الانصبا الذي هو اقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط
وهو ان اقل الانصبا باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس واما الثمن فانما هو اقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا في مزاحمته ما هو اصل كالمعدوم
فيحمل اللفظ على اقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم ان عبارة المشائخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم
منه شيء بسبب ذلك اختلاف روايتي المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس
وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف رح مخالفة كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم
له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله لا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية اقول كيف يتصور الجمع بينهما
وقد صرح في الكافي بان ابا حنيفة رح جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس
ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضا ومعنى رواية المصنف رح ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان ابا حنيفة رح
لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه
لقوله واما انه جمع بينهما واورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس
اذا نقص اخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف رح من قبل
ابي حنيفة رح بقوله ولانه ان السهم هو السدس الى آخره يقتضي لا محالة ان يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي ان يكون المراد به نفي النقصان
عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا **قوله** ولانه يذكر و
يراد به السدس الى آخره قال صاحب العناية قوله لانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاول
بعض الشارحين فقال يعني انه كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس بما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى
لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب
فان فيه الزيادة على السدس وقوله قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما تم عمل بالدليلين انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على قوله فان قال في
الكتاب لا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون اخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب انتهى اقول
قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رح في تعليل هذه المسئلة من قبل ابي حنيفة رح بقوله ولانه ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عليه السلام
يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية واما الثانية وهو قوله
فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله
وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه تتميم لقول اياس وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس انتهى وقصد
بعض الفضلاء ان يجيب عن قوله وايضا قوله ما ذكرنا الى آخره حيث قال لم لا يجوز ان يكون معنى الكلام ان السهم يذكر ويراد به السدس ويراد به سهم من سهام الورثة
فيعطى السدس لتعينه باثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان اثر ابن مسعود رض هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره

ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان **قال** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لأن السدس ذكر معرفا بالإضافة إلى المال والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود في اللغة **قال** ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رح له ثلث ما بقي لأن كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما **قال** ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لأنه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا على قول أبي حنيفة رح وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لأن عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والأول أشبه للفقه المذكور **قال** ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له

ذلك التأمل كان مدار هذا الدليل أيضا اقرار ابن مسعود رض فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل فيهما ليكون معنى النسختين واحدا وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وإنما هو مركب من روايتين انتهى أقول هذا الذي ذهب إليه معنى سقيم جدا لا ينبغي أن يرتاب العاقل فضلا عن مثل الفطن الكامل فإن قوله فيبطل ما ذكرناه مذكور بصدد إقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الإشارة في الدليل إلى ما يخالف المدعى وينافيه ثم إن كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا يحتمل كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وإنما هو مركب من روايتين **قوله** ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان قال صاحب التسهيل أقول دل هذه المسئلة على أن أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لأن الإقرار بالمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الإقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فإذا فات الجبر في حيوته بوفاته سقط سيما إذا كان بتقصير من المقر فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بالمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه إحياء للحق الثابت انتهى أقول ليس هذا بسديد لأنهم صرحوا بأنه ليس من شرط القياس أن يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكتفي بالاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الإقرار بالمجهول في كون تعلق حق الغير به في الإقرار من وقت الإقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر لصحة القياس المتمم ما ذكره صاحب التسهيل وإنما يضر لو أبدى الفرق في العلة التي هي مدار الحكم وهو ليس بمتحقق هنا فإنه لما كان منشأ مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي إحياء للحق الثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضا إذا مات مجهلا إحياء للحق الثابت بالإقرار فقول ذلك البعض فإذا فات الجبر في صورة المقر بوفاته سقط إن أراد به أنه سقط عنه الحق أصلا فليس بصحيح إذ لا شك أنه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وإن أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم إمكانه وإن كان بقي أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فإنه لما بقي حق المقر له عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا إلى البيان لعدم إمكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي أن ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول فتأمل تقف **قوله** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لأن الكلام الثاني يحتمل أن يراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ويحتمل أن يراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في الثلث حملا للكلام على المتيقن هذه زبدة ما في الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما يرى حمل للكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به متعينا على الاحتمالين الثلث فإنما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على أحد محتمليه كما زعموا بل بجعله بمنزلة أن يقال هذا ثلث مالي وصية لأن المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما إلى هنا كلامه أقول ليس بتام إذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين فإن زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الأول تقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني إليه إنما يفيد جواز الزيادة إلى النصف ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه قال صاحب العناية

لانه لم يكن ههنا كون ذي حق حقه من غير تخيير ... الا ان لم يعتبر ... فيما ثبت للدين ... شيء من الدين ليخرج حق ... لان الموصى له ... [illegible]
بحسب ذي حق ... حق ... من الدين لان الدين ليس بمال في علق المال ... ما يمكن ... استيفاؤه ... بما ذكرناه **قال** ومن
اوصى لزيد وعمرو ... لان ... الوصية ... ثم لم ... لانه لا يعلم بموته فهو اوصى بالثلث لان الوصية ...
شيء ... في الاضافة ... اذ لم ... لان الوصية ... بكل الثلث ... بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث
لان ... يكون ... الثلث ... بين ... ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ... الثلث مالي بين فلان وسكت له نصف الثلث
قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ... لا يستحق ... ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ... وجود
المال عند الموت ... ثم اكتسب ... ثلث ... او لم يكن له غنم ... الوصية ... لما ذكرنا
بعد الموت ... فيعتبر ... الوصية ... عند الموت ... ان لم يكن له غنم ... ان الوصية ... بلفظ المال
... الوصية ... عند الموت ... الى المال علمنا ان مراده
الوصية بمالية الشاة اذا امالية باقية مطلق للمال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له
قيل لا تصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية

فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق له ما اجازت الورثة فائدة فالجواب ان مفاد حقه الثلث ولمن اجازت الورثة لا
السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل ان يراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس
فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى اقول في قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان
ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم يجز الورثة واما اذا اجازت كما هو المفروض ههنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث ايضا ويملكه المجاز كما تقبل الموصى
عندنا كما مر في اوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر **قوله** لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير تخيير فيصار اليه اقول فيه تامل فانه انما يظهران لوكان حق الموصى له
في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما مر جوابه وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة يكون شائعة في كل المال لكون الموصى له
فيه ذلك شريك الورثة وعن هذا لا ياخذ الالف كملا في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين واذا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو العين
والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الالف من ثلث العين بخسا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ
ان ياخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل عن الدين وياخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا البخس في حقهم لا محالة مناف
لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتامل ولعله يسكب فيه العبرات **قوله** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد
لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحي
ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل تقوم
ورثته فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث انتهى اقول في تقرير الشارح المذكور ههنا قصور اما اولا فلانه اضاف الى اندفاع الاشكال بالمسئلة التي ذكرنا
الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس باهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل ان يضاف
الحكم الى الاصل دون الفرع واما ثانيا فلان الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ان يكون المراد المزاحمة المنفية في قول المصنف رح فلا يزاحم الحي
هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت
الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع ان العلة هناك ايضا التزاحم وان التزاحم فيها انما يتصور في حال ايجاب الموصي لا في حال الملك
اذ كان احدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصي
بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه انتهى واما ثالثا فلانه لم يتعرض
لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة اخرى ايضا بعبارة الكتاب وهي اي تلك المسئلة ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي فان
للثاني نصف الثلث هناك ايضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك ايضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام
ما افاده صاحب النهاية حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو ورد شبهة على هذه المسئلة بان قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو اوصى لزيد وعمرو
وهما في الحيوة ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث من نصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات احدهما قبل موت الموصي كان
للباقي نصف الثلث ولكن ههنا كان النصف الآخر للموصي لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد موت احدهما لا يبطل حقه بل تقوم

ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة للثلث **قال** ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه **قال**

وبانه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط لتقابل عند وجوب الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات احد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما اهلا للايجاب الوصية له فبطلان حق احدهما لا يزاد نصيب الآخر كما لو رد احدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا كله على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من اهل الوصية له فانما ينتقض حقه باثبات المزاحمة ولم يثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللموتى فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية بتغيير **قوله** ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له ولا غنم له الواقعة في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان لا يكون له شاة لاحتمال ان يكون له واحد لا اكثر فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة اصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه احوط انتهى كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد يصح الوصية فيفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع انتهى وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين انتهى وقصد بعض المتأخرين ان يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وان الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم جمع او اسم جمع لا اسم جنس ان نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب كما هو الصواب وانه لا يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه اقول الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسئلة ان يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فيصير الوصية لشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية ههنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكن المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة اصلا انه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وانه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح انتهى تأمل تفهم **قوله** واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وهذا استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لهن لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت انتهى انما يستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي امة فتحققت الوصية وهي امة والوصية لامته لشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد بالايصاء به وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة اقول فيما ذكروا

لموضع

قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهما ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

في وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها اذ لا شك ان ام الولد تعتق بموت مولاها ولا يتاخر عتقها الى ما بعد موته فهي بعد موت مولاها حرة فلم يكن الوصية لام الولد وصية للامة في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوا في وجه الاستحسان ونقل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا انا اجازة الوصية لامهات اولاده فلان اوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فيجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناولها ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا او مضافا بخلاف ام الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان وقعت لها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لابد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكرنا قبلها على الوجه الذي قرره لان الترديد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس فان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين ام الولد والعبد الموصى له بثلث المال علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة **قوله** ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة قال صاحب النهاية وهذا الاستحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما يثبت المساواة اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المال لانما اخذ من كل احد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا يثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه اشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشتراكه اياه مع كل واحد منهما منفردا انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الاشتراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصي للثالث قد اشركتك معهما اشتركه معهما جملة واحدة اي التسوية بين الكل لا اشتراكه مع كل واحد منهما منفردا اي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ان ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فمعنى كلام الموصي لغة وعرفا احدهما لا غير فلم تصح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكراه وعن هذا لم اراحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو ان التسوية بين الكل هو المعنى في الكل لكن يتحقق المساواة بين الكل فيحمل على المساواة مع كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه **قوله** والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان يعني لا يحكم به الا اذا اقر ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان اوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة اعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان كما مر في الكتاب فتامل **قوله** واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الى آخره قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين انتهى وقد سبقه

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره **قال** ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا **قال** ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فتبطل **قال** الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة **قال** واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموا ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه

تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه اقول فيه كلام وهو ان احتمال مجموع الشبهين ان كان امرا واجبا كما هو الظاهر المعروف مما بالهم لم يعلموا تشبيه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يحيلوا الحكم اصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك امرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا فتامل انتهى وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا ينافي التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صحة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان مراد ذلك المعترض انه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن اين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده ان قول صاحب العناية فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق على الزيادة يدل على ان يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب فتأمل تقف ثم ان الامام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وههنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا يستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الوصية ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وانما اللازم لهم و لاصحاب الوصايا في هذه الصورة ان يصدقوه فيما شاؤوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة ان يصدقوه في اكثر من الثلث فان اصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا ياخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما ياخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاؤوا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في ايديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في ايديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي ايضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا التصرف شبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تامل ترشد **قوله** وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك قال بعض المتاخرين ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فتامل انتهى اقول ليس هذا الكلام بصحيح اما قوله ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلان تحليف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هناك عن يدعي حقا لنفسه في تركة الميت ولا ريب ان ما ادعاه زائدا على الثلث من تركة الميت لا يقدح صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا انكروا واما قوله ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فلان دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في ايدي اصحاب الوصايا بل لا تختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعي فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا يسمع دعواه راسا فضلا عن التحليف **قوله** ومعنى جحودهم

ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء
وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه لما ذكرنا انه عوض كما ذكرنا وان كان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده
ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين
والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق الولد الحي ثم اذا وقع
البيت في نصيب غير الموصي الذي مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له
وهذا عند محمد وعندهما يضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة عندهما
احد عشر سهما الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وقيل يعني بتعيين السهام على قولهما اذا كان ثمانية بينهم تسعة وتحكيم كان الرخصة لا قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد

ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك اقول في ظاهر تعبير المصنف ره ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع
الاثواب الثلاثة معا والمفروض في وضع المسئلة ان يضيع ثوب واحد منها غير معلوم بخصوصيته فكيف يصح ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك
قد هلك فانه كذب ظاهر لا ينبغي ان يسمع اصلا فضلا من ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف
بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شراح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد بجحود الورثة ان يقولوا
حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المصنف ره ان يكون مراده معنى جحودهم ان يقول الوارث
لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكانه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في تاديته العبارة مع ظهور ركاكتها
قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة قال صاحب العناية فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة
الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب
بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك
فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى قوله المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن
من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة وهذا يجبر على القسمة فيه انتهى وقد سبقه الى اصل هذا السؤال والجواب المذكور جدا صاحب النهاية
اقول قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جدا حيث قصد التوفيق بين كلامي المص ره في المقامين لكن خالفا صريح ما ذكره المصنف ره في كتاب
القسمة وما اطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف ره قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض مطلقا
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر
كما في قضاء الديون وقال في ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لا يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما
اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد و
لا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته انتهى ولا يذهب
على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا ما ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله ههنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع
عنه السؤال الذي تحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تحملاه ان يقال يعني ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى
في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد افصح
عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى ينفرد واحد منهما بالقسمة ولو اشتريا دارا واقتسما
لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام الا يرى انه يجبر عليها ولو بنى احدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض
لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري اذا قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكان الاحكام
على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فيجعل افرازا في حكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والنتاج
واذا جعلوا القسمة افرازا ظهر انه اوصى بما يملكه انتهى تدبر **قوله** وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه لنا لانه عوض كما ذكره

والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح
وصيته ولا تنفذ **قال** ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته
واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه
والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي **قال** واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر
يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رح لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف
ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون
مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ
نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث **قال** ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت
في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية
فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح ياخذ ذلك من الام فان فضل
شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة
درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال
كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في
بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا
اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان
ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حالة الوصية

يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ليس قدر ذرعان جميعه ما وقع في نصيبه عوضه اي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب
الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لان الدار بجميع اجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت
وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما يتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه
مما وقع في نصيب الموصي فيبقيان على حالتهما الاصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله اما لانه عوضه صالحا لان يكون
دليلا مستقلا في افادة المطلوب ههنا وهو ان يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به مالكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر
بدون ملاحظة احد الدليلين الاثنين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله كما ترى فتامل **قوله** والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير
لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له الخ اقول فيه كلام وهو ان هذا الفرق انما يمشي في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي واما في صورة ان وقع ذلك
في نصيب الآخر فلا لان الموصي حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر ملكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له وسلمنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب **قوله**
وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده قال صاحب التسهيل اقول مضى في فصل اقرار المريض ان ابنه لو اقر باخ
فجحده آخره الآخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك
يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن ههنا والحاصل انا عملنا ههنا باصل مالك ثمه وعمل زفر ههنا باصلنا فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية او الاتحاد
ويحتمل ان يكون في المسئلة روايتان الى ههنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال بعد نقل قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم
والبنية للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينية فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه
لا يتضمن الاقرار بها انتهى اقول ليس هذا بشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما بعد في يد احد الآخرين فقط كنصف
التركة مثلا والا يلزم ان كون حصة احد الامرين النصف وحصة مجموع الآخرين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما يقتضي كون حصة الاخ
المقر ثلث ما في يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بالوصية بثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك
البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينية ليس بتام ايضا لان المساواة انما لا يكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق
الورثة واما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث في الابنين وكون اقرار احدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه احسن
كما لا يخفى

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق
بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح

وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح إقراره لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو مرض حادث وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن أعتق في مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا

قوله وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة قال صاحب النهاية وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفساده كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لأن الإقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضا انتهى واقتفى أثره في هذا التقرير صاحب العناية أقول في عبارتهما خلل حيث قالا لأن الإقرار تمليك للمال مع أنهم قد صرحوا في كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقر به وقالوا ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها أن المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم فحق العبارة أن يقال لأن الإقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف في أوائل كتاب الوصايا فتدبر **قوله** وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا قال صاحبا النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا يصح الوصية والهبة له لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره ههنا وذكر في كتاب الإقرار أنه لم يكن عليه أي على العبد دين يصح انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما ذهبا إليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام فإنهما حملا قول المصنف رحمه الله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان حاملها في هذه المسألة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا يقتضي العموم لما في هذه المسألة أيضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلث جميعا بلا ريب ثم إن قولهما أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره ههنا إن أرادا بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر ههنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم تذكرا ههنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق فما معنى جعل هذه المسألة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وإن أرادا بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر ههنا أصلا أي لا صراحة بعينها ولا اندراجا في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسألتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير ههنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له بوصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا انتهى ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف رحمه الله بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسألة أيضا لدليل ذكرناه في المسألة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن في صورة الإقرار رواية بالصحة أيضا وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا فتبصر ترشد

باب العتق في المرض قال جمهور الشراح الإعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل انتهى أقول فيه قصور لأن الإعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم إنه في حكم الوصية إذا وجد في مرض الموت حينئذ حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضا في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الإعتاق في المرض أمرا مغايرا لحقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرده بباب على حدة وأخره

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأه المريض ايجابا على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة

من حقيقة الوصية لكونها هي الاصل **قوله** وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز اقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر ان يقال مكان قوله فذلك كله جائز **قوله** وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي اقول في هذا التحرير قصور بل خلل اما اولا فلان قيد من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به على ان من يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة احد اصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري واما ثانيا فلان قوله وغيره يلحق الفسخ يوهم باطلاقه ان يلحق الفسخ المحاباة ايضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام ان يقال فانه لا يلحقه الفسخ اصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واما غيرها فيلحقها الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي ايضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف رحمه الله هنا وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال انتهى اقول ليس ذاك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا اعطفه المصنف رحمه الله عليه فيما قبل حيث قال الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى ان العتق المعلق ايضا لا يلحقه الفسخ عندنا والحق ان يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الذي ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ ايضا يساعده لا محالة فان العتق الذي ذكرنا يعم العتق الموقع والعتق المعلق كما ترى **قوله** واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تابى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من اهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك ان يقال اي سوى المعتق والذي حابى له او سوى اهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الاهل او لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فبقيت السماجة في تفسيرهما المذكور لا محالة **قوله** لهما في الخلافية قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني اقول هذا شرح فاسد لان الخلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يمشيان في تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب في بيانها ان يقال هي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق في المحاباة او قدمت المحاباة على العتق **قوله** ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت قال في العناية الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا انتهى وهكذا ذكر في النهاية وفي معراج الدراية نقلا عن الاسرار اقول لقائل ان يقول حكم الايصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي ان يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل ان يثبت في المؤخر فيه فافترقت

وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى في ذلك كله قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسألة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

الصورتان فتأمل **قوله** وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة رح وايضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما حكم الوصية وهما في ذلك سواء فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر من وجوه الاول ان السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف رح اصلا اذ لم يقل المصنف رح قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك اقوى لا لاضعف المؤخر واما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الاخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له اصلا على ما ذكره المصنف رح والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة للقياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا انه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا ا مساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان ا مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي التي ان كل مساوي المساوي مساو والسؤال الاول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث ان الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فاذا اريد به ان تنفيذ المحاباتين جميعا ثم نقضهما بعد الموت يرتفع تقديم احداهما على الاخرى فذلك امر لا يساعده العقل وان اريد به ان التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تاثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في تلك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف رح ان التقديم يقتضي الترجيح مطلقا فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا ان التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع ذلك السؤال الاول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية وكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو ان يقال المحاباة ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي ان تترجح على العتق الاولى لان المساوي للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه كذا قال ينبغي ان لا يكون المحاباة الثانية بشيء لانها مساوية للعتق والعتق مزاحم

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى اواخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوى رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابى يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية

والمساوى للمرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية انتهى فتامل

فصل ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخى بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف رح باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح **قوله** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى اواخرها اقول لقائل ان يستشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى على اصل ابى يوسف رح ومحمد رح فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله ومر في الباب السابق ايضا مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن شرح الطحاوى فتامل **قوله** لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى اواخرها اذ على تقدير ان اخر الفرائض تكون البداية بالنافلة لا محالة فلا تقع منه البداية هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك ان يقال الظاهر منه البداية في الاعطاء والتمليك لا البداية والذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى البداية في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان اخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو ان يكون المراد بالبداية المذكورة بداية من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الموصى والقاضى ونحوهما لا بداية نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى ان يقصد بداية من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه **قوله** فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر يبتدئ بالاهم يعني ان تساوت الوصايا التى من حقوق الله في القوة ان كان كلها فرائض او واجبات او نوافل بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بالاهم اقول لقائل ان يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر ان الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور اهمية بعضها من بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية او الوجوب او التنفل فالظاهر ان اهمها ما هو اقواه في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان اريد بالاهم في قوله لان الظاهر يبتدئ بالاهم ما هو الاهم اى الاقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم ان الظاهر ان يبتدئ به اذ لا يهتدى كل احد الى معرفة ما هو الاقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض او الواجبات او النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منها دليلا على كونه اقوى من غيره في اعتبار الشرع وان اريد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر ان يبتدئ به مسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداية في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكر مع العلم بكون ما آخره اهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا ايضا مع انه لم يعمل به هناك بل هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى او اخر فليتدبر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تعليل المسائل المتعلقة بهذا المقام ضبطا فقال ثم ان الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة يقدم ذكرها وما لله تعالى اما ان يكون كله فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله وهي فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى او آخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم انتهى كلامه اقول في تقريره خلل لان ضمير مشغول

وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لانه يجب الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو واجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

في قوله وان لم يجمع بينها الا ان يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل او يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كان بينها او غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الى آخره يلزم ان لا يصح قوله فان كان كلها لله تعالى فهي فرائض كلها او واجبات او تطوع لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع ليست من الوصايا الجامعة بينها كما لا يخفى وان قيل فكيف يتصور ان تجعل ههنا قسما منها وان رجع الى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم ان يكون كثير من الاقسام مع احكامها مسكوتا عنه وكان في مقام التفصيل وذلك مثل ان يكون الوصايا كلها فرائض او واجبات او نوافل والثلث يحتمل الكل او لا يحتمل ذلك ولكن اجازه الورثة فان كلا منها قد خرج عن قوله فيما قيل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد اصلا فيفوت المقصود من البسط في البيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور لما وقع فيما ترى زيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك في تقريره مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك ونسق كلامه الى آخره لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان ما انتقض **قوله** وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد انتهى اقول لقائل ان يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي ان يقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب **قوله** قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد الى آخره وفي غاية البيان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان تقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس بعده مرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية انتهى اقول في الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلا منها تقدم على سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ اصلا وقوة المحاباة ايضا من حيث انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولو لم يعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت للمحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله هو الله تعالى فقد اختلفت المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض والمعلق بالموت عند اجتماعهما مع حقوق الله تعالى عند ابي حنيفة رح لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عندهما لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف فتدبر **قوله** لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الى آخره قال صاحب العناية قولهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان للكفر اذا اطعم بعض المساكين فمات واوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع الاطعام بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة رح عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الحاج اذا بدا له في الطريق ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفرض الامر الى غيره برضى الموصي لم يجز وان فرضه ردا واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به الى ههنا لفظ العناية اقول السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد واجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الى آخره ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان المتجزي لا ينقطع وغير المتجزي ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في المتجزي وانما يضر في غير المتجزي فان كل عمل غير متجز اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلوة

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما

والحج غير متجزئ اذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب ان يحج من بلد الموصي اذا لم يحج على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه ان يبطل من الاصل بل يجوز ان يتمم الآخر ما بقي منه كما اذا اطعم المامور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وامر غيره فانه يجزيه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسوال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين الدارين قال في تقرير السوال ولم ينقطع الاطعام بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك الاطعام بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستيناف هناك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية لقوله الا ان يقال المتجزي في الاطعام مستند الى الكتاب الى آخره على ان التجزي ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الاطعام تعارض اصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت ان التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزي وغيره الا ان الاكمال فيما بقي متصور في المتجزي دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور ههنا من ضيق العطن كما ترى

باب الوصية للاقارب وغيرهم آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه من احكام الوصايا على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم كذا في الشروح **قوله** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار انتهى كلامه اقول كل من توجيهيه كاسد اما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجي اي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه واما تاخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فيه فامر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثاني بمعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل ايضا ليحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب واما الثاني فلان الاهتمام بامر الجار لو كان داعيا او مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله ههنا علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام ههنا ان يساق على سواله رعاية للتناسب **قوله** ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع تصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق اوضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا يرى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرفت الى اخص الخصوص وهو الملاصق انتهى وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف رحمه الله لما تعذر صرفه الى الجمع يعني تقدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض اقول لقائل ان يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفا كما سياتي في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى اهل المسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى اخص الخصوص كما قاله ابو حنيفة رحمه الله تعالى **قوله** ولان المقصد بر الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره اقول ولقائل ان يقول نعم ان مقصود الموصي من الايصاء لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غيره لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق ايضا من اهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى **قوله** قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم اقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي التقييد المستفاد فيما مر بقوله فمن يسكن محلة الموصي الا ان يكون ما نقل ههنا عن المشائخ رواية اخرى لكن اسلوب تحريره يابي ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتاخرين المفهوم [illegible]

[illegible]

قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام [illegible] ... على حسب ما اختلف فيه المشايخ [illegible] ... لان القريب مشتق من القرابة [illegible] ... الميراث غير الاقرب كالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه [illegible] ... ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره [illegible] ... قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني بأهلكم أجمعين

من قول المصنف رح ومن لم يسكن محلة الموصي الى آخره اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا او غيرهم وما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فقال انتهى كلامه اقول ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على [illegible] في الحر الساكن لا على عدم الساكن في الحر الغير الساكن اذا كان ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير الساكن بمنزلة التصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية وان كانوا احرارا ملاكا فانه قال وهو غير ساكن لم يقل وهو غير مالك فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال بعض المتاخرين ولقائل ان يقول العلة وهو دخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على انه لو عتق قبل موت الموصي صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وايضا الوصية بدلا العبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاق الوصية فتأمل الى هنا كلامه اقول كل من شقي كلامه غير صحيح اما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة واما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم عتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في احكام الوصية عامة هو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح ان يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه واما الثاني فلانه لا شك ان ليس معنى الوصية للعبد ان يملك شيء للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه بطريق الخلافة عن ذلك العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم ان يكون العبد اهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به احد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك له تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاق الوصية تامل ترشد **قوله** ومن اوصى لاصهاره قال صاحب النهاية اي لاقرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة انتهى واقتفى اثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا الغاية ومعراج الدراية اقول تفسير الاصهار في هذه المسألة باقرباء المرأة لا يناسب قول المصنف رح فيها وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلا منهم ليس من اقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف رح فالوجه ان يفسر الاصهار في هذه المسألة بما هو اعم من اقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار اعم من اقرباء الامرأة قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا انتهى وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال والزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار ايضا انتهى تدبر **قوله** ولان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الوصية اخت الميراث في جميع الاحكام فممنوع

وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو اوصى لايتام بني فلان وهم يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم **قال** ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

وقد مر في الكتاب انه يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله وكذا قد مر فيه ان الوصية تنفذ للقاتل عند اجازة الورثة ايضا على ما تقرر في محله عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ولا يجوز الميراث للقاتل عند احد ولو اجازة الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه ان الذي في مسئلتنا هذه ايضا الاخوة يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد اصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان اراد ان الوصية اخت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذ للخصم ان لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو اول المسئلة ثم ان ابا حنيفة رح قد لم يعتبر الوصية بين الاخوة والميراث في مسئلتنا هذه ايضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه وهذا ما نص عليه الامام الزيلعي في التبيين حيث قال ويستوي فيه الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين انتهى وقد افصح عنه في الكافي وغيره ايضا ولا ميراث للعبد والكافر اصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم واما الانثى فانها وان ورثت الا انها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في تلك الامور في مسئلتنا هذه ايضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى ابي حنيفة رح ههنا بان الوصية اخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن لهذا فلم يتعرض في الاستدلال على قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على حديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك **قوله** وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة اقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار باهله نظر لانه انما يدل على ان لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على انه لا يطلق على غيرها ايضا بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من ان يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من افراد معناه ان لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من افراد ذلك المعنى الا يرى انك اذا قلت رأيت انسانا يفعل كذا واردت بالانسان هناك فردا مخصوصا من افراده لا يلزم منه ان لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من افراده في موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب ابي حنيفة رح انتهى وهو ان حقيقة اهل الوصية لاهل فلان لزوجته لا يجوز ان يتناول غيرها ايضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة رح بقوله تعالى وسار باهله نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع انتهى واجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه واقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه الاولاد لم يخرج عنه احد بالاتفاق انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا الكلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فان حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي حنيفة رح بقوله تعالى وسار باهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالاهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تامل تفهم فالاظهر في تعليل قول ابي حنيفة رح ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة رح ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان ليس له اهل ويراد به الزوجة فيحمل الوصية على ذلك انتهى تبصر تقف **قوله** ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله اقول في التعليل كلام لان

وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لا يختلف لان هؤلاء عتقوا بعد موته قال المصنف ان لم يكن له فعل لانه يثبت فيها الحق بعد موته فتكون المولاة وتكون له موالي واولاد موالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غير حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم بالصواب

مقتضى قوله لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت ان لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء اصلا اي لا يلزم حينئذ ان يكون الوارث في حالة اضافة الوصية اليها الى حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق الذي غير رقبتها لا تجوز كما تقدم عليه في الكتاب ان الوصية لامهات الاولاد ومدبريه الجائزة ولا يمكن ان يتعلق تلك الوصية برقبتها لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تحتمل ان يكون اعتاقا لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن ثمة وصية اصلا كما تحقه الشراح هناك وكان بين تلك المسئلة وبين التعاليل ههنا فرق ويمكن ان يقال جواب تلك المسئلة الاستحسان الذي ذكروا هناك تعليلهما على موجب القياس حيث علل الاستحسان الذي ذكروا هناك بوجه متمشٍّ هناك كما يعرف بالتامل الصادق فلا يصار اليه ههنا **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء قال بعض المتاخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطي ليس بابعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب ان ابا يوسف رحمه الله جوز هذا دون ذاك انتهى اقول ان ابا يوسف رحمه الله جوز ذاك ايضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي رحمه الله الثلث لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم انتهى وصرح به صاحب معراج الدراية ايضا هناك حيث قال روي عن ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله ان الوصية لهم جميعا وهو قول زفر واحمد والشافعي رحمه الله في قول انتهى وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية ايضا عن ابي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال ابو يوسف رحمه الله ويرشد اليه ايضا ان شمس الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض انه لم يطلع على رواية تجويز ابي يوسف رحمه الله تناول الاسم في الكل للمسئلتين مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب انه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومنشأه قلة التدبر والتتبع مع الضيق عن الاحاطة به لنطاق البيان **قوله** وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال اي موالي العتاقة ولا اولاد الموالي العتاقة يعني حينئذ لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف رحمه الله ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف رحمه الله انفا ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبنوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف رحمه الله ههنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجاز اذ لا شك ان اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه او معانيه فالصواب ان مراد المصنف رحمه الله ههنا هو انه اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي فحينئذ يرتبط وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي بما قبله اشد ارتباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان ايضا عند شرح كلام المصنف رحمه الله ههنا وكان صاحب النهاية انما اعتبر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير ابٍ عنها فانه لا ينافي الاشتراك لجواز ان يكون احد معنيي المشترك احق بالارادة من الآخر لامر مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما اشار اليه المصنف رحمه الله فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له احق بخلاف تعليل المصنف رحمه الله ههنا على تقدير ان يراد بالمسئلة ما ذكره في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يابا ه جدا كما نبهناه انفا **قوله** ولو كان له معتق واحد وموالي

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما **قال** فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهما الا ان الاول هو الاعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه **قال** فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف انه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك لانه لا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى لرجل بهذا العبد ولآخر بخدمته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز اقول لقائل ان يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق النصف ولم يصار الى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا ان يحمل الموالي على من كان للموصي في عتقه اعم من ان يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه او بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتامل

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة لما فرغ من بيان احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا كذا في الشرح اقول فيه شيء وهو ان هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلثة كما عنونا واحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه بناء الكلام على الاكثر يبقى تاخير الوصية بالثمرة خاليا عن بيان النكتة كما لا يخفى **قوله** الا ان الاول وهو الاعدل اولى قال بعض المتاخرين فيه ان المفروض كون المهايأة باختيارهم فالمتاخر رضي باسقاط حقه فلا معنى للاولوية لا بالزام الحاكم حتى يكون اولى انتهى اقول ليس هذا بسديد لان اسقاط المتاخر حقه لا يلزم ان يكون بطيب خاطره بل يجوز ان يكون مع الكراهة لامر دعاه الى ذلك فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملا كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الا انتفاء الظلم لا تحقق العدل في الحالة وذلك لا ينافي كون الاول اعدل لما فيه من التسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك ان الاعدل اولى **قوله** وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث اقول فيه بحث اما اولا فلانه منقوض بما اذا اوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك ايضا بان يقال ان حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث واما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فاما ان يكون حق الورثة ايضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار اولا فان كان الاول يلزم ان يثبت في سكنى جميع دار واحدة في حالة واحدة حقوق اشخاص متعددة واللازم باطل لاستحالة ان يسكن اشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بامر محال وان كان الثاني يلزم ان لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة اثلاثا للانتفاع وان لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان اثلاثا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع ان ذلك خلاف صريح ما مر آنفا في الكتاب **قوله** فانما يثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها قال في النهاية واعترض باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك الرقبة ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب ان كلام المصنف في

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت وله نظائر وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فالجواب كذلك عند أبي يوسف وعند محمد للموصى له بالأمة الأمة والولد بينهما وفي الخاتم الحلقة للموصى له بالخاتم والفص بينهما وفي القوصرة كذلك ... وجه قول أبي يوسف أن بإيجابه في الوصية الثانية تبين أنه ما أراد بالأول إيجاب الفص للموصى له بالخاتم وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً لأن الوصية لا يلزم شيء منها حال حياة الموصي فكان البيان المفصول والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة وعند محمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ... فإذا أوصى بالفص لآخر ... على ما تقدم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيها حق ... بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص **قال**

ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت تتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد **قال** ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل

ثم أراد بالمنفعة منفعة تجويز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون حداً واردا عليه انتهى. أقول الجواب منظور فيه لأن كون كلام المصنف رحمه الله في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجويز الوصية بها فإن مقدمات الدليل لا يلزم أن يكون مساوية للمدعى بل لا بد من كلية الكبرى إذا كان إنتاج الدليل بطريق الشكل الأول وههنا كذلك إذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا وما ليس بمال في تمليكه إحداث صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليكه إحداث صفة المالية فيه لا يثبت الولاية عليه بعينه بصفة إلا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة أو لمن تعلقه بعقد المعاوضة حتى يكون ملكا لها بالصفة التي تملكها أو لا يكون ملكا أكثر مما تملكه فإنه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع انفصالها الأدلة الشرعية كلية كل واحدة منها في نفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الأول تبصر. **قوله** ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة إلى آخره قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة لكانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك فيهما يثبت بعد الموت انتهى. أقول إن ما جعله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحال بحالة الانفراد لأن قول المصنف رحمه الله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة إلى آخره وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة إلى آخره إنما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة. **قوله** وعند محمد رحمه الله أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها. قلت ليس المراد يتناول اسم الخاتم الفص وتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لفظا وأصالة وإلا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسألة صحة الوصية بجارية إلا حملها من أن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الإقرار من أن الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعا ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لأن الاستثناء تصرف في الملفوظ بل إنما المراد ههنا تناول اسم الخاتم والفص واسم الجارية لما في بطنها تبعا ولهما لها تبعا عند الإطلاق فيرتفع المخالفة كما توهمها البعض. **قوله** ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص. أقول لا مجال للعموم في الألفاظ المذكورة في تلك المسائل لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء المدلولات هذه الأسماء لا جزئيات معانيها ولا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل التمر وحده على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها ومن هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لا يخفى. **قوله** بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص. أقول فيه شيء وهو أنه قد تقرر في كتاب الإقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما لا يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء. **قوله** ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها

لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ بخلاف ما تقدم من الفرق ان يقال ان تمليك المعدوم لا يصح الا انه لا يقبل الملك الا في الثمرة والغلة المعدومة بورود الشرع فيهما كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد للمعدوم والجيد فلا يجوز ايراد العقد عليهما اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منهما لانه يجوز استحقاقهما بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلانه معصية فلا تصح عندهم **قال** ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث

او يلبسها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال ابدا او لم يقل اقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل لا يناسب تقييد صوف بقوله ابدا حيث قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد ابدا في صدر المسئلة او ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل تدبر **قوله** لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ اقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل منتقض بما تقدم من مسئلتي الثمرة والغلة فان الايصاء ايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده ايضا اذا ذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره ايضا في الغلة نعم كان المصنف رحمه الله قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الى آخره الا ان هذا التعليل ههنا بقي خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسئلة بما ذكره في الفرق الآتي **قوله** الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى قال بعض المتأخرين يرد عليه ان لنا اصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف التعدية انتهى اقول لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه ان يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص كما يرشد اليه قطعا قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى في قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما يتصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس ان لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر امثال نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم اقول بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند ابي حنيفة رحمه الله كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول ابي حنيفة رحمه الله وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه

باب وصية الذمي ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا اقول اكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر ان يقال لما كان لبعض وصايا الكفار احكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وآخره لخساستهم **قوله** واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزمه فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا في اختلاف التخريج اما هو فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فان هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه اقول فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من ان الكنيسة اسم لمعبد النصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة للنصارى وعبارة الكتاب ههنا تحتمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما هو وقال بعده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله فاضمر ابا حنيفة رحمه الله اولا واظهره ثانيا وكان الاول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف رحمه الله فانها على الاصل السديد حيث قال لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فاظهر ابا حنيفة رحمه الله اولا واضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته مع ان وقف الكافر ايضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف رحمه الله فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلان

بما لم يكن بالتمليك ... يوصى ...

... فيها معنى الاستخلاف وفي التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه اعتبار المعنيين **قال** واذا اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رح ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ... الا ترى ان المسلمين لو اتخذوا مسجدا لم يزل ملكهم ... لانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها

... ثبوت مقتضاه ... قربة عندهم ... على مقتضاه فيزول ملكه ...

... الوصايا التي ... ذكرنا ... اذا اوصى للذي ... تذبح خنازيره ... المشركين ... اذا كان لقوم غير مسمين

... ذكرنا ... قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجد المسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم

الا اذا كان لقوم باعيانهم ... اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم

باعيانهم او بغير اعيانهم ... اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم

الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا ... ولكن لا يكون في حق الوصية بمنزلة المسلمين لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكون هو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين

ابي حنيفة وصاحبيه ... في المرتدة ... **قال** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ

باجازتهم وليس لورثته حق ... في دار الحرب ... اذ لا عصمة لهم ... لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن

ايضا ... عند المولى ... في دار الاسلام ... بمنزلة الذمي ...

عقود التمليكات منه في حال حياته ... وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز ... ومكن منه ولا يمكن من زيادة المقام

على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف

ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهود والنصارى في حال حيوته بدون اضافة شيء الى ما بعد موته والوصية تمليك مضاف

الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف ره فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه في قوله المذكور هي الضيعة دون الوصية فلا غبار عليه **قوله** لان الوصية فيها معنى

الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال في العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا انتهى اقول هذا على

اصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجيء فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية

حقيقة وان كانت قربة في معتقد الكفار لزمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما امكن واما على اصل ابي حنيفة ره فغير ظاهر لان

كون الموصى به قربة في معتقد الموصى كان عنده في صحة الوصية كما سيجيء ايضا فيما نحن فيه كذلك فينبغي ان تصح حقيقة الوصية عنده ههنا كما تصح فيما اذا اوصى بذلك لقوم غير

مسمين على ما سياتي بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها والحاصل ان الظاهر ان يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين ابي حنيفة ره وصاحبيه

ان كان جريانها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة واسلوب تحرير الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج ايضا فليتامل **قوله** ثم الفرق لابي حنيفة رح الى

قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة قال في العناية بل يحرر على معتقدهم اقول لقائل ان يقول ان اصل ابي حنيفة رض ان كون الشيء قربة في معتقدهم كان

بناء على انا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر انفا فلم لم يعتبر ههنا كون الكنيسة او البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول

ملك الثاني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم

يبنون فيها الحجرات الخ والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط **قوله** ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به قال صاحب

العناية قولهم ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل الاول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف ره انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون

دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم اقول الحق عندي ان قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر

على الفرق لابي حنيفة ره بين بناء الكنيسة والبيعة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الثاني ولانهم

يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر **قوله** وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال صاحب النهاية وذكر صاحب

الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقد قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الوصية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة

فلا تقر على اعتقادها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر انه لا منافات بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح ترجيح هذا القول على

القول الآخر لا لبيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما ان مراد من هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح ادل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح احد

على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن ان يعد قاطعا **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته اقول

هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي

بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين وبين المسلم والحربي لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنها ما اذا اوصى

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه قادر على التصرف بنفسه فان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لاختصاصها بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء

ذمي من ذمي فانه ايضا جائز في هذه الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر اصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ايضا اذا كان الكافر حربيا لو كان مستامنا

باب الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي وقدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس **قوله** بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي من الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج من الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها او الفصل العاشر من وكالة التتمة والباب السابع والستون من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وهذا التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب النهاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى الغرر الا وهذا فيما اذا وكله بشراء عبد بعينه له ان يعزل نفسه بغيبة محضر من الموكل على قول بعض المشائخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشائخ فمن هذا عرفت ان ما قاله بعضهم في شرحه هذا الذي قال صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرها ليس بشيء لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل اما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات كثيرا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية وقال صاحب العناية ايضا كما قاله من تقرير في شرحه اقول بل ليس هذا التوفيق بشيء لانهم عقدوا في اكثر المعتبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة او بابا على حدة وبنوا فيه على عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا على عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل بغير تقييد بشيء فهل يجوز العقل ان يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل والباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائر متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب لعمري ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك مستبعد لا يخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة لعل تاخذ منها حصته قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وعزل الوكيل وقال ذكر ان الوكيل اذا رد الوكالة ذكر في الكتاب انه اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا الى ان قال حتى ان من كان غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله ورده لم يكن شيئا ثم قال لا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة انتهى الى غير ذلك من الصور فيها ليس فيه التصريح بما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وغير بعينه اقول صاحب الكافي هنا بدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه الى آخره الا يرى انه الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرور ورد الضرر فالشيئين فكان يجب ان يقتضي الغرور ورد الضرر عن الميت وهو احق بالاولى وانتهى **قوله** لانه لا ضرر هناك لانه قادر على التصرف بنفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصي الوصية في غير الموصي في حيوته لان الموصي ايضا قادر على التصرف بنفسه في حال حيوته لا في بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب ان معنى الايصاء الى احد استخدامه بعد الموت لا في حال الحيوة فالتصرف الذي تفوضه الموصي الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد مماته ولا شك انه ليس بقادر في حال حيوته على التصرف الحاصل بعد مماته كما انه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حيوته على الايصاء الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام يتاتى في عدم صحة رد الوصية بغير علم الموصي فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح ايضا **قوله** وان كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اقول يرد عليه ان يقال هب ان الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية الا يرى انه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالاختيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة تتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه بها اشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتامل

[illegible]

فيكون اهلا للوصاية ... والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لاثبات اصل الولاية اولى **قال** ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه ... ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وامينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختارا للميت ومرضيا عنده فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له **قال** ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا

قوله وقد بينا اشتراط العدد والعدالة في الاخبار فيما تقدم من الكتب قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيها يكفيه انتهى وقال بعض المتاخرين قوله فيما تقدم من الكتب اي عبارة عن الكتب من التبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس ما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا انتهى اقول ليس ما قاله هذا البعض بصحيح لان المصنف كما ذكره في كتاب ادب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة ايضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره ... واذا اخبره واحد حرا كان او عبدا او صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم انتهى فالعجب من ذلك القائل انه كيف اجترأ على الحكم بانه ليس لما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا بدون السمع لما تقدم من الكتب **قوله** الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح قال عامة الشراح الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله ثم قال اقبل فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل صح فبعد ذلك انتهى اقول فيه نظر لان المصنف قيد قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة انه اذا اخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك اي لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم تبق احتياج الى الاستثناء فاذا اخرجه القاضي من الوصاية لم يصح له فله ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي ان يكون قوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله في قرب ذلك الا ولى و هو الا على اولى فيكون هذا الاستثناء واقعا في حيز تعليل مسئلة الكتاب فيكون ناظرا الى مفهوم قيد ما وهو قوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل كما ان ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق اصلها ويؤيده ان هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية اصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بحالها **قوله** وقيل قول محمد رح مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح قال صاحب النهاية وللناظر في هذا التعليل نظر لان كبار الثقات المعتمدين على حسب الدراية كلهم ذكروا قول محمد رح مع ابي يوسف رحمه الله بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وابي الليث في كتاب الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من اصحابنا انتهى اقول النظر ساقط اذ لا يلزم من ان يذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتب اولاء المشايخ الذين عدهم ان لا يكون قوله مضطربا في نقل احد اصلا وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان اوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد رح في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع ابي حنيفة رح وفي بعضها مع ابي يوسف رح انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع ابي يوسف رح ولهذا اختار المصنف حيث ذكر قوله مع ابي يوسف اولا واشار الى وقوع رواية اخرى في كلامه حيث قال وقيل قول محمد رح مضطرب فلا غبار فيه **قوله** ولانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون

وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في حق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا يخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التأخير خشية ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير ليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى

اما الوصاية فليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا املاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يمنعه فتحقق المنع والمنافاة و اجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب في اكثر الشروح وغيرها في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار اقول في هذا الجواب بحث لانه بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو اول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل ابي حنيفة رح فلو ادعي تمام الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كانوا اسنانا فالقاضي يلي على بيعه اذا رأى على ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى **قوله** وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها يعني وهي اي الاشياء المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة اشياء كما ترى اقتصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره وما اثره المص في البداية وقوله هنا واخواتها بالرفع عطف على ما قاله ما استثناه في الكتاب اي والمسائل التي هي اخوات مسائل المستثناة في الكتاب هي ما زاده المص في النهاية بقوله ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهي التي زادها المص على ما في الكتاب ستة اشياء فيعتبر مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله ما استثناه في الكتاب اي في مختصر القدوري كما سبق قوله واخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى انه زاد عليها اشياء اخر وهي ما ذكره فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المص رد المغصوب والمشترى شراء فاسدا او حفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على ان الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشترى شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المص احد عشر وما زاده اثنين والا فاربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه اقول فيما ذكره مع كونه ناشيا عن الغفلة عما زاده المص في الآخر من اشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى او التلف وجميع الاموال الضائعة مختل في نفسه اذ لا يمكن ان يكون مجموع ما ذكره المص رح احد عشر على تقدير ان يكون ما زاده اثنين واربعة عشر على تقدير ان يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة تخالف الاثنين بواحد فكيف يمكن ان يكون المجموع بزيادة الاثنين احد عشر وبزيادة الثلاثة اربعة عشر بل لا بد ان يكون بزيادة الثلاثة اثنا عشر كما لا يخفى **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على شراء الكفن وكذلك قوله ورد المغصوب المشترى شراء فاسدا او حفظ الاموال وقضاء الديون كذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى التوى وجميع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى اقول لا يخفى ما يساعده تحرير المص من الاعراب هو الذي ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندي وقول المص في شراء الكفن ولا ريب ان الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما يرجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدوري المراد بالكتاب مختصره فيلزم ان يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر انفا اللهم ان محل قوله فقال الا في شراء الكفن الى آخره على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه المص وهذا بطريق الالحاق بتأمل **قوله** وحفظ المال يملكه من يقع في يده قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع عطف على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعني ان كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى ان يقضي صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملكه حفظا انتهى اقول لا يذهب عليك نظره سليمة ان هذا الذي ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك ان مراد المص بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبله وحفظ الاموال فكيف يتم توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب

والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على
ما عرف فيكون من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما
افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما
جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف
الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى
الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن
ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر
فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي
غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد
قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان
به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه
ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه **قال** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة
لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا
فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب
جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه
غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة
ويبقى ما بقي على الشركة **قال** فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا **قال** وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي
وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا بالثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث

ان قول المص ره ههنا حفظ المال يملكه من يتبع في يده فسوف على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى **قوله** والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد في عرفهم اقول فيه شيء وهو ان قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم ان لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح المص في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيت ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته انتهى ثم اقول في الجواب ليس مراد المص ره ههنا بقوله كذا كان المراد في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان ان عرفهم ايضا يطابق اللغة والوضع وفائدة قولهم ان يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع كما عرف ان العرف قاض على الوضع اي راجح عليه فان قلت فما المخلص من التدافع بين كلام المص ره ههنا وبين قوله هناك لان العرف بخلافه قلت مراد المص ره ههنا ان المراد منه كان كذلك في عرف المجتهدين ومراده هناك ان العرف بخلافه في زماننا وفي ديارنا ولا عرف في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين والمكانين ويؤيده ان صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر شيخ الاسلام الامام الزاهد البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في الحقيقة مجازا لسبب الاقتضاء وصار الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم **قوله** ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية اقول لقائل ان يقول ان كان الاقتضاء بمعنى المبادلة كان القضاء ايضا في معنى المبادلة ضرورة ان المبادلة انما كان تتحقق من الجانبين واذا كان احدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم ان يكون القضاء ايضا من باب الولاية مع ان المص ره صرح بخلافه فيما قبل **قوله** غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلم اليهم فالموصى له باختياره ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل لان مقتضى تحريره ان يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما افرزه للورثة اليهم على الاطلاق اي سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في ايديهم او هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كانت ما اعطاه الوصي للورثة باقيا في ايديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما اعطاهم وان كانوا هلكوا كان الموصى له الرجوع عليهم بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم تكن حصة الورثة اليهم حتى تهلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له ان يضمن الموصي شيئا لبقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هنا اشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلكت حصة الموصى له في يد الوصي ثم اتلف نصيب الورثة كان للموصى له ان يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الوصي وهلك حصة الموصى له في يد الموصى اليه ايضا فان هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى **قوله** وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده اي في يد الحاج فالوصي الحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما انتهى فيقتفي اثره صاحب معراج الدراية اقول ليس هذا الشرح بصحيح

وقال محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرزه الموصي بنفسه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رح ان محل الوصية الثلث
فيجب تنفيذها على محل قائم ما امكن فاذا هلك ولابي حنيفة رح ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو التأدية فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل
الافراز والدفع الى الحاج فيحج بثلث ما بقي وكذا اذا قسمه الوصي وهلك ما في يده فلم تعتبر القسمة حتى تستوفي كمالها قال ومن اوصى بثلث الف درهم
فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما
في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا
من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما هاهنا
فلا قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون
العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع بما ضمن في تركة
الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد رح انه يرجع
في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل
مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء
كما اذا كان على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل
له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املأ اذ
الولاية نظرية وان كان الاول املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في
الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه
لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط
ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان
لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه
وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك
الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رح وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي
الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال
والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية
الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه قال فان لم
يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارح ان المذكور ان لزم ان يكون وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده
مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب ان ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي فحينئذ ينتظم المعنى ولا يستلزم الاستدراك في قوله الآتي كما لا يخفى

قوله وقال محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه قال
بعض المتاخرين فكان هذا قياس مع الفارق لان الموصي غير ملزم بشروع والرجوع عن الوصية راسا فلا يلزم من عدم لزوم شيء ثمة عدم لزومه هنا لذلك انتهى اقول ليس
هذا بشيء فان الموصي وان لم يكن ملزما في حال حيوته الا انه ملزما وصيته بعد مماته فلتنفذ لشيء ثلث تركة الميت والمراد بما ذكر في دليل محمد رح وهو ان الموصي لو افرز بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك ذلك المال للورثة لا يؤخذ شيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته اصلا وقد افصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره ولنا مذهب محمد رح فهو ان دفع
الموصي بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة آخر كذلك هذا انتهى فكان ذلك المعنى
فهم من ظاهر قول المص في تقرير دليل محمد رح ولا يلزمه شيء ان يكون النهاية انه لا يؤخذ من نفس الموصي شيء في حال حيوته فوقع فيما وقع **قوله** لانهم يتصرفون في حكم المالكية والاذن فك الحجر قال صاحب الغاية
في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون بالمالكية لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم تكن تصرفهم نيابة عن احد بهم انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان
قال فيه بحث فان الكلام كان على ما للصبي المأذون والمكاتب انتهى اقول ليس بوارد اذ لا شك ان المدعى كان على ما للصبي المأذون والمكاتب الا ان قوله لان الاذن فك الحجر يصلح ان
يكون تعليلا في حقهما ايضا اما في حق الصبي المأذون فظاهر لان في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه كما ان الاذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب
رقه كما تقرر في كتاب المأذون واما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا انه صار مأذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان اداء بدل الكتابة بدون
ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الحجر واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور **قوله** وكان القياس
ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ما سواه
وينتقض عنه لان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى اقول ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي ايضا لا يملك غير العقار
على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المص وكان القياس ان لا يملك الوصي
غير العقار ايضا انه كان القياس ان لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر ايضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم ان يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير
اي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر ايضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس ان لا يملكه الموصي
بالولاية الحقيقية فهو يشعر بان يكون ذلك القياس متروكا مع انه لم يترك قط اذ لم يقل بان الموصي يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية قالوا فان قلت هذا المحل ما ذكره الامام
الزيلعي في التبيين قال وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا

فصل في الشهادة **قال** واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي

فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه اليسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال لا يوافقه قوله ولا يليه انتهى اقول هذا ساقط اذ لانم ان قول المص ره فيما قيل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي للاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ واما العقار فمحفوظ بنفسه فما يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطرة

فصل في الشهادة قال صاحب النهاية ما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخرها لعدم عرافتها فيها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية نقلا عنه اقول ليس ذاك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة واما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التاخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير اصلية لان الاصل عدم العارض انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن للموصى اليهما حتى شهدا بذلك لان من زعمهما انه لا تدبير لهما في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة وكذلك ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب النهاية اقول كل من الجواب والسوال منظور فيه عندي اما السوال فلانه لا اتجاه له اصلا فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي ان يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في اوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي ان يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله ايضا ان يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات واشار اليه المص ره ههنا بقوله او ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سألا من القاضي ان يجعل الآخر وصيا معهما برضاه فعلى القاضي ان يجعله في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا واما ما نحن فيه فيجب على القاضي ان يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في رد شهادتهما اقرار منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما ذلك على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احدا ولا وصي له فلا يتمكن الثالث ثم قال في بيان وجه الاستحسان في قبول شهادتهما وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم ثالثا على ما بيناه آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا منهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه ادخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا او الظاهر فانه لم يذكر فيه خلافا وان صدقهما قال لا اقبل الوصية قال معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم اتى فانه لا يعمل رده واباه الى هنا لفظ المحيط واما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم تكن ثم وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وايضا القاضي يحتاج هناك الى نصب القاضي وههنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فاين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتاخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعي اثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف ترتب عليها انتهى اقول ليس هذا بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شئ كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم يثبت الوصاية كما اشار اليه المص ره بقوله فيسقط

قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهد الوصيان لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به **قال** وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها **قال** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل في الدين ايضا وروي عن ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مثل قول ابي يوسف رحمه الله وعن ابي يوسف مثل قول محمد رحمه الله وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة **قال** ولو شهدا ان الميت اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة من دفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب فيجوز ان يكون شهادة المتهم ايضا كذلك فيترتب عليها اثر الدفع ولقد افصح عنه صاحب الغاية ههنا حيث قال وجه الاستحسان ان القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما اسقطا عنه مؤنة التعيين عنه ومثاله ان القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى **قوله** وكذلك الابنان قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة انتهى اقول تفسير المص رح قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهد ابنا الميت اوصى الى رجل وهو ينكر يقتضي ايضا ان يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني ايضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة ان ينكر المشهود عليه ما شهدا به وفي صورة ان يدعيه فان شهادتهما تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين في الصورتين معا كما صرح به في عبارة الكتب واما اذا جعل قوله فكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم ان يكون احدى صورتي مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي انه معطوف على المجموع لا محالة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يجوز شهادتهما لوارث صغير ايضا في غير تركة الميت عند ابي حنيفة رح لجريانه بعينه هناك ايضا مع ان عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشيء من تركة الميت وغيرها متعلق برجلين على ميت الخ الفصل عليه كما مر في الكتاب انفا فليتأمل في الدفع **قوله** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل قال في العناية جنس هذه المسائل اربعة الاول ما اختلفوا فيه وهو شهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او سكت الحال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع هو المذكور في الكتاب الآخر وهو ان يشهد رجلين بعينه وشهد المشهود اليهما للشاهدين بالف مرسلة او ثلث الاول ومبنى ذلك على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب اما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا انتهى اقول تقسيم صاحب العناية وتقريره ههنا لا يخلو عن اختلال لانه ان اراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلثة لا غير احدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عده وجها رابعا داخل في القسم الثاني لا محالة وان اراد بها الامثلة فهي خمسة لا اربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين وجها واحدا على انه قوله الاول ما اختلفوا والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا ايضا الى كون الاوجه في جنس هذه المسائل اربعة الا ان تقريرهما في كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول لا ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا جنس هذه المسائل على اربعة اقسام في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلين لرجلين بوصية عين لرجلين كالعبد وشهد الموصى لهما للذين الشاهدين بوصية عين اخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا يتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث لا تقبل وهو ان يشهد الرجلان ان الميت

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لان ذلك لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح **قال** واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

ولو وصى لهذين الرجلين بعينها كالعبد وشهد المشهود لهما ان الميت للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق ان يثلث القسمة ههنا كما فعله الفقيه ابو الليث في كتاب نكتة الوصايا حيث قال واذا شهد اربعة نفر شهد اثنان لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بمثلته ودليله كما فصله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلثة فصول احدها ما لا تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثاني ما تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المثال من التي النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فيه وقد ذكر الاول لما ان الواحد قبل الاثنين او لان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس بمخصوص من له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان احكام المارة في كتاب لو حلف باشل جارية باشرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال من احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المص هذا الكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه وفصل في احكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه وانما ذكر احكامه في الفصل الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في احكامه ايضا بتاويل ما فما معنى تخصيص الشروع في الثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ويمكن التوجيه لعناية فتامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول يتجه عليه ايضا ما ذكرنا انفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلا جل هذا ذكره وآخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد لا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فانه ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على امر خفي وعن هذا قال في العناية ومن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان **قوله** فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لتقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السوال والجواب وذلك ان نقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد وكان ذلك في قوة ليعنون الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العادة ولكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصل آخر يذكر بعده وهو ما ذكر بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا كلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لتقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه القطعة من شيء آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله ههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل فالتزام انفصال طائفة من المسائل عن الاخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال مما تقدم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال** واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذين عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزأه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع له الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

من الاولى ايضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لتقطيع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل ههنا الاشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والا لزم ان يقتضي ذكر فصل في احكامه ذكر فصل آخر بعده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا ترى اهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر اصلا

فصل في احكام الخنثى وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته اقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال انه امرأة لانه معطوف فيلزم ان يكون قوله ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال انه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال انه امرأة اذ لا تأثير لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الباغية يصير تحرير المص في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال ولا يفسد صلوتهم باحتمال انه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلوته لاحتمال انه رجل انتهى **قوله** فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل هذا لفظ محمد رح في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل والمرأة في صلوة مشتركة موهوم فلتوهمهم احب له ان يعيد الصلوة انتهى عزوه في النهاية والكفاية الى المبسوط اقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة ان كون المفسد موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلوة عند تعذر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم ايضا فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح ههنا عنها وهو ان قوله فاحب الي ان يعيد صلوته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة في حقه تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة وان كان انثى لم يلزمه الاعادة فيجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم في باب العبادات **قوله** ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن اقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان اراد بقوله وهو جائز في الجملة انه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل هو مكروه وان اراد به انه جائز لعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر ههنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد عليه حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه ايضا جائز عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار فالوجهان في جلوسه جلوس المرأة فتامل **قوله** وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحباب المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها كالاجنبيات فعلم بهذا انه لا تأثير للملك في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل ههنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه يشتري الولي جارية الخنثى فان ختنها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فنظر المملوك الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حال العذر فعلم بهذا ان ايس الجارية له على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لان يكون للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد نقل اعتراض

ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة او يسافر مع غير محرم من الرجال توقيا
عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله
يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهي امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى
لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك وكذا لو قال كل عبد لي حر وقال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا
وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف
قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر
او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من
عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان كان
يجعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى يقيم
سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة رح اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث
الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد رح المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال
بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة وذلك
يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال
بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر
فاضعفه ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء وما دون ميراث الابن متيقن به وما زاد عليه
فايثبتا متيقن به فيصار اليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا

صاحب النهاية تعليل على المص رح لا اليه نظر لان ذلك في حال الاختيار لا في حالة العذر ولهذا لو اصاب المرأة قرح او جرح لا يحل النظر اليه لا مرية المرأة وكذا نظر
القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة البينة ايضا عذر جاز لها ان تنظر الى فرجها انتهى اقول نظره ساقط اذ يشترط في جواز النظر
بالعذر الى موضع العورة من المرأة الامة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها اصلا وتعليل المص رح بقوله لانه يباح
لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة يشعر لا محالة بتاثير الملك وفي اباحة النظر الى سيدتها كتاثيره في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قال صاحب النهاية
من ان هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا يتمحضون جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية وصاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكته النظر اليه اذا كره
ان كان رجلا **قوله** ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حيوته زيادة لان الحيوة تستفاد من ذكر اللبس من ذكر اختصاص
الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا اللبس والكراهة بعد الموت للملبس للميت وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية
رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز ان يكون بعضها بيانا للواقع انتهى اقول ليس هذا الشيء
لان حاصل ذلك قول صاحب النهاية ان قوله في حيوته مستدرك لا فائدة في ذكره اذا كان الواقع مستفادا مما بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح
النفسهم حيث قالوا الا ان المص رح اتبع في ذلك المبسوط وذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحيوة هناك لتبيين المقابلة لا
للتقييد انتهى **قوله** وان ينكشف قدام الرجل وقدام النساء قال جمهور الشراح وهذه المسئلة يدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل فجاز للخنثى
التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكر شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية اقول ليس هذا بتام عندي اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين
كما نص عليه المص رح في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز ان ينكشف للنساء ايضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات
محارمه كما ذكره المص رح في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى عن الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف
للرجال لاحتمال كون امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز ان يكون مبنيا على
كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا فتبصر **قوله** وان لم يكن مشكلا
ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما يكون مشكلا اذا لم يصدر فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر
او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى اقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المص رح فان مراده بقوله وان لم يكن فيه مشكلا واخذا ان لم يعلم انه مشكل لا انه
علم انه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل ايضا قول المص رح في تعليل ذلك
لانه دعوى تخالف قضية دليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله ههنا وان لم يكن مشكلا

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الخنثى زوجا واما واختا لاب وام هى خنثى او امراءة واخوين لام واختا لاب وام هى خنثى فحينئذ ناقص الادلى للزوج النصف وللام الثلث والباقى للخنثى وفى الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقى للخنثى لانه اقل النصيبين فيتعين والله اعلم بالصواب

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه وقال الشافعى رحمه الله يجوز فى الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى والعارض كالوحشى والمتوحش من الاهلى فى حق الذكوة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلى فلا يتقاسمان وفى الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومى ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبى عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز فى حق الغائب العجز وهو فى الاخرس اظهر والزم ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا لا ناطقا فلا يحد للشبهة ولا يحد له ايضا بالاشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انه لو شهدوا بالوطى الحرام او اقر بالوطى الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد

ان لم يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر او انثى بلا حاجة الى قوله نفسه بل يجوز ان لم يعلم انه مشكل ام لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهوره فيتحقق الحاجة الى قوله نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا وعلى التعليل بقوله لانه اعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه انه بعد ان حيث معنى المقام ما تبنى عليه نظره كيف اورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهى حق بورودها عليها على مدار فهمه معنى المقام بان يقال لا معنى بهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغى ان يقبل قوله **قوله** الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا قال فى الغاية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعنى او جعلنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعنى او جعلنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن الخ يقتضى ان يكون قول المصنف الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فاوجبنا المتيقن به فصار اقتصارا عليه كما هو الظاهر والمصرح به فى غاية البيان فتخالف هنا فى قوله فى اول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به فتدبر

مسائل شتى قد كانت عادة المصنفين ان يذكروا فى آخر الكتاب ما شذ من الابواب السابقة من المسائل استدراكا للفائت ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى او بمسائل متفرقة او بمسائل منثورة ففعل المصنف هنا ايضا كذلك جريا على عادتهم **قوله** واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما تكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثانى ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان معهودا منه فى نعم انتهى اقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه فى تقرير المسئلة بقوله اى نعم تعين وصفها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة فى تقريرها الى قوله فاذا جاء من ذلك يعرف انه اقرار بل كان يكفى قوله جائز كما لا يخفى **قوله** ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه اقول لا يذهب عليك ان هذا التعليل يقتضى ان لا يجوز اشارة معتقل اللسان ولو امتد اعتقاله لان تاخير الوصية قد جاء من قبله هناك ايضا مع انهم قالوا ان هذا بمنزلة الاخرس فى الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفا ولعل صاحب الكافى تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين **قوله** اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الى آخره اقول فيه شيء وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه فان المدعى ان كتاب الاخرس حجة فيما سوى الحدود واذا لا فارق بينه وبين الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة فى الحدود وايضا اذا كانت مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق فى حق الحاضر ايضا لم تكن حجة ضرورية فينبغى ان يكون حجة فى الحدود ايضا كما كان النطق فيها حجة ايضا فليتامل فى المخلص **قوله** واما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد اقول لقائل ان يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به فى موضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولهذا لم يشترط الدعوى فى الشهادة عليه بالاتفاق كما لم يشترط فى الشهادة على عتق الامة ايضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرح به قاطبة وفسر فى الكتاب ايضا فى باب عتق احد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الفرقة بل فيه حق العبد ايضا لتعلق

مستقل

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى
فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه
ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا له لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية
النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسألة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف
ما توهمه بعض اصحابنا رح انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب
وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب
الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل في التفسير المعتقل الخ

حق الزوجين لا ان يكون مدار قول المصنف رح ولانها من حقوق العباد ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه الا يرى ان اشارته لا يكون حجة في حق حد القذف مع ان فيه حق العبد لدفع العار عن المقذوف كما ان فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارته حجة من ان يكون الحكم في حقوق العباد فقط او مما غلب فيه حق العبد على حقوق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجوز ان الارث فيه عندنا كما عرف في الحدود وفيما نحن فيه بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى فتفكر **قوله**

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه لما شرع جابرا جاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زجرا

وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة خلاف ما صرح فيما مر في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح لان مبنى الكلام على الدرء فلا تجب فيه الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويثبت المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها اصلا مؤثرا في ثبوت القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب واما ثانيا فلان قيد الخالصة في قوله اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل ههنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الشرع وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زواجر لا يثبت بالشبهات ولا يكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور **قوله** ودلت المسألة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب قال صاحب العناية وينافي دعوة الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا الجمع على انا نقول قال في الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيهما من اشارته رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس شرط ان لا يكتب فافهم الى هنا لفظه اقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف رح بالجمع بينهما في كل مادة من مواد اعلام الاخرس مراده بل الجمع بينهما في جواز اعلام الاخرس من مراده باي واحد منهما ولا شك في كلمة دلالة او على هذا المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا اتى الاخرس باي واحد منهما على انفراده تحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع اي تقبل ويعمل بموجب قول محمد رح في جواز هذه المسألة فهو جائز واما عد رواية التي ذكرها فيجوز على انا نقول الخ فليست بشيء ايضا لان مراد المصنف رح دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الاشارة

قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما انه جمع في الجامع الصغير بكلمهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لانه جمع ههنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب ان هذا لا ينافي اشارة مسئلة الاصل الى ان اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر ان يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة اليه مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من اصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تامل **قوله** واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل قال في العناية اخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا تمييز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد تجوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم تجز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من غنم ولو تم ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب فان كان ثلثه او ربعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس متعين فلا يجوز بالتحري حالة الاشتباه انتهى اقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي اما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار ان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شرح الجامع الصغير وصرح به المصنف ههنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا يتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين راسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا واما ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب اخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم اعادة الصلاة هناك انما هو في حالة الاضطرار كما افصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن اين ثبت كون حكم الثياب يكون من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح ان يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين هذا

آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله تعالى وهدايته الفتح مع توزع الخواطر وتشتت البال من

تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته بنتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار

لاشتماله على ثلثة آلاف من التصرفات التي لم يسبقني اليها احد من الثقات وذلك

فضل الله يؤتيه من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا

آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا

عذاب النار ربنا فاغفر لنا ذنوبنا

وكفر عنا سيئاتنا

وتوفنا مع الابرار

تمّ

خاتمة الطبع

الحمد لله على الهداية التي هي كفاية ونهاية الوقاية وحماية الكافية بعناية آرابنا ومرامنا وأتمم علينا بشمول الفضائية وحجته البالغة اقتضى تمامنا ومرامنا ونصلي ونسلم على سيد
الذي هو اول الانبياء وآخرهم وبه ختم النبوة وابتداء الابداء اختبرنا ما قال بعض ملك الاغا في شانه الجليل ومحامده التي لا يمكن ان يكون فيه شريك او شركة الظلم
حيث بابي السيمين سيرة فلا جليل الاجدار والاجيار ما قد خصه الباري باوصاف جلي وعلم بعلمها الاحداث والقدماء وعلى آله النجباء الكرماء وأصحابه النقباء العظماء
وبعد فيقول عبده آثل العباد محمد اعظم حسين الصديقي الخيرابادي لا زال مغمورا بفضل الله الكريم من البلايا والبلاء ورزقه شفاعة نبيه خير النقباء وادخله في
زمرة عباده الصلحاء لما وجدت هذا الشرح جليل الشان فاتح ابواب التنقيح جلي البرهان حاويا لمسائل الدين المتين ماحيا للمصنفات الفقهاء المتقدمين
متمسكا ومستند العلماء المتأخرين واحسنها نظما ونسقا واجمعها رتقا وفتقا طارية في الاقطار كالامطار اشتهر بين شروح الهداية غاية الاشتهار كالشمس
في نصف النهار الذي جمع فيها مصنفه العلام امام العلماء سيد فقهاء الكرام قدوة المفسرين سلطان المحدثين شيخ الاسلام كمال الملة والدين المعروف
بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ احدى وستين وثمان مائة روح الله روحه ونور ضريحه واعلى درجته في دار السلام مسائل الفقه الحقة الحنفية مجيبا للايرادات
العلماء الشافعية والمالكية والحنبلية وبذل جهده البليغ في تخريج الاحاديث الشريفة وتحقيقاته الانيقة وتطبيقاتها على طرق هذه الملة النامية وتصحيحها باسناد
صحيحة ورواة ثقات عدول كلهم عن الخلل والاضطراب خالية لا سيما تكملته المحبوبة المطلوبة للعلماء الاخيار الشهيرة بنتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
للفاضل القمقام البحر الطمطام زين الدين الآفندي الشهير بقاضي عسكر الروم ومفتيه المتوفى سنة تسعمائة وثلث عشر تكملة لهذا الشرح من كتاب الوكالة الى آخر الكتاب جامعة للادلة النقلية والعقلية متضمنين
للثلاث الف ايرادات على شروح الهداية التي لم يسبق اليها سوى مصنفها احد من الثقات لما هو من المباحث العالية وكان مع ذلك مختفيا غاية الاختفاء وشموس افاضته محتجبة عن الابصار والطالبين
في طلبه احيانا الى الله بالصباح والمساء والمشتاقون الى لقائه متمنيا بغاية التمنى بحيث من تيسر له جزء منه فكانه اعطى درا يتيما ومن وجد منه بابا فكانما فاز فوزا عظيما
فاردت ان اكسيه كسوة الانطباع والاعلان واميط من وجوه مخدراته نقاب الفقدان فشوقت الى طبعه مالك التجار ذا الفضل والافتخار ممتازا بهممه العالية
وعزائمه المتعالية بين اعيان الزمان في الامصار سني المراتب والمناقب كثير الجود والمواهب المنشي نول كشور مالكا للمطبعة الجليلة الشهيرة باوده اخبار
لا زال ممتازا بين مطابع الدهور بالمجد والاعتبار فتلقى كلامي بالقبول وعزم بانجاح المرام والايصال الى ما هو المسؤول وامرني بتفحص نسخة الصحاح عن العلماء
الكبار فتوجهت الى تجسسها ووصلت الى المطلوب بعد الجد والطلب البليغ بعناية الله العزيز الغفار ووجدت اربع نسخ كاملة مقروة على العلماء الاخيار
منها نسخة صحيحة كاملة مملوكة لحضرة استاذي العلام استاذ علماء الانام مستند فضلاء الكرام البحر الذاخر في المعقول والمنقول معدل ميزان الفروع والاصول
بالفرد المجد الاحق مولانا ومولى الانام محمد عبد الحق لا زال بافضاله ملاذ العلماء الدهر وملاذ الفضلاء العصر ومنها نسخة صحيحة غاية التصحيح
عديم النظير في حسن خطه وكتابته مقروة على الامام الهمام سلطان العلماء قدوة المجتهدين نخبة الفقهاء والمحدثين منقح اغصان الفروع والاصول كاشف استار
المعقول والمنقول بحر العلوم امام العلماء مولانا ابو العياش عبد العلي محمد تغمده الله بغفرانه واسكنه بعنايته بحبوحة جنانه مملوكة لاعلم علماء الزمان وافضل
فضلاء الدوران وحيد عصره وفريد دهره الحافظ الحاج مولانا ابو الاحياء محمد نعيم لا زال مغمورا بعناية الله الكريم ومنها نسخة تامة صحيحة مقروة على الفاضل القمقام الهمام البحر
المؤيد بلطف الله المتين المولانا محمد مبين اعلى الله درجته في اعلى عليين ومنها نسخة تكملته الصحيحة التامة المملوكة لاعلم العلماء استاذ الفضلاء كامل الاكرام صاحب الدراية المؤيد بتائيد الله مولانا
المفتي الحافظ الحاج المولوي محمد سعد الله اجرى الله تعالى سحائبه على صفائح الايام وربط اطناب فضله باوتاد الدوام ومنها نسخة مملوكة لجناب مستطاب الفاضل
الاديب ذي المجد والمفاخر المولوي محمد عبد العزيز خان بهادر صدر الصدور السابق لا زال مغمورا بعناية الله العزيز القادر وان لم تتفق الاستعانة منه لاجل
هذه النسخ الاربع الصحاح المنور للبصائر وبعد تيسرها شرع في استكتابه وفوض الى مراتب تصحيحه واتمامه فصححته بمقابلة النسخ المتعددة ارتجالا واستعجالا لا تأنيا وتمهلا فصحح بسعيه الفاضل
الاديب الكامل الاريب وحيد الدوران صاحب التصنيف والتاليف ابو سليمان ظهير الدين احمد المعروف بمولوي محمد اشرف علي اللكهنوي ايده الله بلطفه الخفي والجلي
فالحمد لله على اختتامه واشكره على حسن تمامه والبشرى للطالبين بطلوع كواكبه عن افق الجلال وسطوع صبح افضاله عن سماء الكمال عم نوره الابصار والبصائر ونال
البصرة والضمائر وقد تم بتمامه في مصر لكهنؤ في شهر شوال المكرم سنة ١٢٩٢ الف ومائتين واثنين وتسعين من السنين الهجرية على صاحبها الف الف سلام وتحية
المطابق لشهر نوبمبر سنة ١٨٧٥ خمس وسبعين مع الف وثمان مائة من السنين المسيحية على صاحبها الصلوة وعلى نبينا اشرف البرية تمت